This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 056 949 860

Dr. Emil Ott

R TX

Rechtsfürsorge-Verfahren

Wien
Manz Verlag

Digitized by Google

HARVARD LAW LIBRARY

Received OCT 6 1920

Digitized by Google

AUSTRIA

Digitized by Google

Digitized by Google

Geschichte und Grundlehren

des österreichischen

Rechtsfürsorgeverfahrens

(Freiwillige Gerichtsbarkeit)

In den Hauptzügen
mit besonderer Berücksichtigung der Justizreformgesetze

dargestellt von

Dr. Emil Ott

k. k. Hofrat und o. ö. Universitätsprofessor an der böhmischen Carolina-Ferdinandea in Prag.

Wien, 1906.

Manzsche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.

I., Kohlmarkt 20.

Digitized by Google

FOR 14
O

OCT 6 1920

Buchdruckerei der Manzschen k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung in Wien.

Digitized by Google

Vorwort.

Ein halbes Jahrhundert ist im Strome der Zeiten dahingerauscht, seit das Rechtsfürsorgeverfahren in einer an gesetzgeberischen Schöpfungen und an tiefeingreifenden Verwaltungsreformen reichen Epoche des Staatslebens seine jüngste umfassende Gestaltung erhielt. Während dieses Zeitraumes sind vielfach Rufe ertönt nach einer Neuregelung einzelner wichtiger Rechtseinrichtungen des herkömmlich als Verfahren außer Streitsachen bezeichneten Gebietes des formellen Rechtes. Es waren eindringliche, wohl motivierte Rufe, deren Berechtigung zumeist auch an den maßgebendsten Stellen anerkannt und gewürdigt wurde.

Die grundlegenden Prinzipien aber, auf denen die Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit in unserem Staate beruht, haben sich in langer Übung bei Gericht und im Verkehrsleben bewährt, mag auch manches Beiwerk einer Änderung bedürftig erscheinen. Sie finden darum auch in neueren Gesetzen und Gesetzentwürfen (z. B. eines Scheckgesetzes, eines Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung) ein immer weiteres Feld ihrer Anwendung.

Eine wichtige Etappe in der Entwicklung der allgemeinen Formen der Verhandlung und Erledigung nichtstreitiger Rechts-

Digitized by Google

sachen bildet die Erlassung der neuen Justizgesetze, — eine schon ein Jahrzehnt zurückliegende, hochbedeutsame legislative Tat. Den Unterschied im Wesen des Rechtsschutzes durch Richterspruch und Rechtsfürsorge, sowie in den beide Zweige der Gerichtsbarkeit beherrschenden Grundsätzen klar zu stellen, aber auch den Einfluß und die Rückwirkung der Justizreformgesetzgebung auf das Gesamtbereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in welchem nicht selten auf die Prozeßordnung als die ergänzende Gesetzesquelle zurückgegriffen werden muß, darzulegen, ist eine Aufgabe, die nicht allein der zu bewältigenden Schwierigkeiten wegen, sondern auch wegen des hievon für die Rechtspflege zu erhoffenden Gewinnes zu Lösungsversuchen anreizt. Freilich soll dabei ein Gebiet durchforscht werden, in das kein begangener Pfad führt, ja nicht einmal Fußstapfen, denen man ohne Zögern folgen darf. Ein Irregehen, vielleicht sogar zeitweilig ein Abweichen von der einzuhaltenden Richtung ist hier fast unvermeidlich. Allfällige Verstöße mögen daher dem Verfasser zu Gute gehalten werden in der Erwägung, daß ein weitreichender Schatten als unvermeidlicher Begleiter stets sich dem Wanderer beigesellt, der im Dunkel mit der Leuchte einen gangbaren Weg sucht.

Um in dem weit ausgedehnten Gebiete des heimatlichen Rechtsfürsorgeverfahrens mit Zuversicht die Bahn betreten zu können, mußte vorerst dem geschichtlichen Entwicklungsgange dieses Rechtszweiges das Augenmerk zugewendet werden. Dessen erschöpfende Darstellung lag außer dem Plane der Arbeit und kann dermal mit Rücksicht auf den Stand der Vorarbeiten überhaupt nicht geliefert werden. Eine gedrängte Skizze des Werdeganges der freiwilligen Gerichtsbarkeit darf aber einen bescheidenen Platz beanspruchen, um das Verständnis der dogmatischen Ausführungen zu erleichtern.

Die vorliegende Schrift ist vornehmlich bestimmt, einer richtigen Erfassung der grundlegenden Lehren des Rechts-

Digitized by Google

fürsorgeverfahrens und des Verhältnisses dieses Gebietes des formellen Rechtes zu seiner Schwesterdisziplin, dem Prozeßrechte, damit aber der Vertiefung des Wissens in beiden Bereichen der Gerichtsbarkeit zu dienen, eingedenk des Spruches: *Contraria juxta se posita magis elucescunt!* Klare wissenschaftliche Erkenntnis tut Not auf diesem Felde richterlicher Tätigkeit, weil mehr als auf anderen die Gefahr droht, daß bloße Routine und Schablone das Feld behauptet gegenüber einer dem Wesen der Rechtseinrichtung und dem Geiste des Gesetzes entsprechenden Praxis.

Dabei war aber auf die Erscheinungen des praktischen Rechtslebens fortlaufend Rücksicht zu nehmen. Denn die freiwillige Gerichtsbarkeit steht dem Einzelnen schützend zur Seite nicht nur am offenen Markte und im freien Rechtsverkehre, sondern auch am häuslichen Herde bei Regelung getrübter Rechtsbeziehungen innerhalb der Familie. Es war somit die Judikatur des Obersten Gerichtshofes eingehend zu berücksichtigen.

In den die Ausführungen begleitenden Anmerkungen wurde nur aufgenommen, was zur näheren Orientierung des Lesers unerläßlich oder für weitere Studien wegweisend ist. Bloßer Zitatenprunk sollte vermieden bleiben.

Ungleichheit in der Stoffesbehandlung findet ihre Rechtfertigung darin, daß der spröde Stoff nicht immer Gestaltungsversuchen sich fügte und anschmiegte; auch sprengte seine Fülle manchmal den engeren Rahmen, über den die geplante Arbeit nicht herauswachsen sollte.

Nichts kann den hohen Gebrauchswert der Satzungen unserer neuen Justizgesetze schlagender bewähren, als die ins einzelne eindringende Forschung nach ihrem Einflusse auf die Handhabung der freiwilligen Rechtspflege, die höchst interessante Ergebnisse erbringt. Ohne geradezu darauf bemessen zu sein, haben diese Normen in ihrer subsidiären Geltung (§ 2, I Pat. vom 9. August 1854) das Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit seinem Zwecke

Digitized by Google

näher angepaßt und dieses selbst freier gestaltet. Wenn der geistreiche Schöpfer unserer Justizreformgesetze, Klein, dem modernen Streitverfahren vornehmlich die Aufgabe zuwies, öffentlicher Wohlfahrt zu dienen, so darf mit um so größerer Berechtigung behauptet werden, daß das Rechtsfürsorgeverfahren nunmehr unter dem Einflusse der neuen Justizgesetzgebung voll und ganz eine Wohlfahrtseinrichtung geworden ist!

Digitized by Google

Inhaltsübersicht.

Seite

I. Entwicklung und Geschicke des Rechtsfürsorgeverfahrens im allgemeinen . . . . . 1—3

Rechtsfürsorge ist der jüngere Zweig der Gerichtsbarkeit neben dem Prozesse. Seine Gestaltung hängt von der Entwicklung der Kulturverhältnisse ab und wird gefördert durch Rücksichten der Zweckmäßigkeit. Voraussetzungen günstigen Wirkens der freiwilligen Gerichtsbarkeit: ein fester Behördenorganismus und gründliche Rechtskenntnis bei den Gerichten.

II. Entwicklungsgang im Römerreiche und in den nach seinem Sturze entstandenen germanischen Staaten . . . . . 4—13

Im römischen Rechte umfaßt die *jurisdictio voluntaria* die Mitwirkung von Amtspersonen bei den in althergebrachter Solemnitätsform vorzunehmenden Rechtshandlungen kraft allgemein verliehener Amtsgewalt und die Beihilfe bei gewissen Rechtsgeschäften zufolge Ermächtigung durch besondere Rechtsnorm. Außer solcher Unterstützung der Tätigkeit Privater besteht auch staatlich gewährter unmittelbarer Schutz gegen Rechtsgefährdung. Unter Justinian Hinzutritt des selbständig organisierten Tabellionats.

Nach der Völkerwanderung Aufrechterhaltung der alten Rechtseinrichtungen freiwilliger Gerichtsbarkeit mit einzelnen Änderungen. Zunahme der Urkundenerrichtung unter gerichtlicher oder notarieller Mitwirkung in den romanischen Landesteilen des ehemaligen Römerreichs unter dem Einflusse römischer Kurialverfassung und der *professio juris*. Von der Romagna aus erfolgt im XII. Jahrhundert die Verbreitung der Formen der römischen *jurisdictio voluntaria* über ganz Italien.

In den deutsch gewordenen Gebieten des Römerreichs wesentlich abweichender Gang der Entwicklung. Im Frankenreiche nach ausnahmsloser Geltung fränkischer Gerichtsverfassung Vornahme der Solemnisierung bestimmter Rechtshandlungen im gebotenen Ding des ordentlichen, d. i. des Hundertschaftsgerichts, später des Dorfgerichts. Größere Bedeutung des außerordentlichen, d. i. Königsgerichts durch Erteilung unanfechtbaren Gerichtszeugnisses, bei Berücksichtigung seiner unbeschränkten Kompetenz. Mächtige Förderung freiwilliger Gerichtsbarkeit zufolge Einführung der Stadt- und Gerichtsbücher, sowie der Landtafeln bei der Unscheltbarkeit des Gerichtszeugnisses; Bedeutung der Eintragungen ursprünglich für den Beweis, später für die Perfektion des Rechtsgeschäfts.

Die Behandlung des Urkundenbeweises im deutschen Recht führt zur Einbürgerung der Notariatsurkunde; Sinken ihrer Bedeutung mit dem steigenden Gewichte des Gerichtszeugnisses und der Siegelbeglaubigung bei Privaturkunden.

Digitized by Google

Seite

III. Einfluß der Kirche und des kanonischen Rechts . . . . . 14—22

Einwirkung im allgemeinen durch Bestellung von *judices commissarii* und Schriftlichkeit des Gerichtsverfahrens. Aufschwung der Urkundenerrichtung vor Gericht oder Notaren infolge Verleihung voller Beweiskraft; Förderung des Notariats. Neben Erhaltung von altersher bestehender Rechtseinführungen freiwilliger Gerichtsbarkeit führt die Kirche zum Schutze ihrer Interessen neue ein: Urkundenerneuerung, amtliche Aufzeichnungen über Personenstand, Urbarien (*arvaria*, als die Grundlagen der öffentlichen Bücher über Grundbesitz). Sorge für Waisen durch Einflußnahme auf möglichst wirksame Betätigung des königlichen *mundium*, später der Oberaufsicht seitens der Vormundschaftsbehörde; Einfluß der *summae confessorum* hierauf. Keime der Verlaßabhandlung: *executores testamenti*, Inventursaufnahme von Amts wegen; später Abwicklung des ganzen Abhandlungsgeschäfts durch die Landdekane. Reaktion gegen das Eingreifen kirchlicher Organe in Sachen freiwilliger Gerichtsbarkeit seit dem Erstarken städtischer Gerichtsgewalt. Bestellung von Generalvikaren zur Besorgung dieses Zweiges der Gerichtsbarkeit in größeren Diözesen seines Umfangs wegen.

IV. Bedeutungslosigkeit der mittelalterlichen römisch-kanonistischen Doktrin . . . . . 23—27

Keine selbständige Bearbeitung der *jurisdictio voluntaria* während des Mittelalters im Gegensatze zu den zahlreichen, das Prozeßrecht behandelnden *ordines judiciarii*. Unergiebigkeit der Glosse, der *Summa codicis Irnerii*, des Brachylogus. Placentin anerkennt die bedeutenden Unterschiede zwischen beiden Zweigen der Gerichtsbarkeit, ohne sie auszuführen. Azo gibt bloß die Ausführungen der Glosse wieder. Gleich unfruchtbar ist die für das formelle Recht weit wichtigere kanonistische Doktrin; nur vereinzelte Bemerkungen enthält *Durandi speculum*, geringe Ausbeute geben *Joannis Andreae additiones* hiezu. Kein namhafter Fortschritt in der Theorie an der Schwelle der Neuzeit unter der Herrschaft des Humanismus bei Alciat und selbst später bei Donellus.

V. Aufschwung und Niedergang des Notariats . . . . . 28—34

Aus dem Kampfe der Rechtslehrer und der Lehrer der *ars dictandi* zu Bologna erblüht die *ars notariae* und zeitigt in der Theorie einen besonderen Zweig der Rechtsliteratur. Dessen Hauptvertreter. Den Mangel selbständiger literarischer Bearbeitung der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Mittelalter verschuldet die innere Struktur dieses Rechtsgebiets und das Auslangen mit bewährten Urkundenformularen in der Praxis. Daher unzureichende Vorbildung der Notare für ihren Beruf (Notariatsschule in Prag im XIII. Jahrhundert). Organisation des Notariats in einzelnen Territorien nach italienischem Vorbilde. Klagen über ungenügende Rechtskenntnisse der Notare. Versuche einer gründlichen Abhilfe: Reichsnotariatsordnung 1512, Beschluß des Kirchenkonzils zu Trient 1562. Verkümmern des Notariats in Deutschland im Gegensatze zu seiner Blüte in Frankreich.

VI. Einfluß der populären Rechtsliteratur und der Gestaltung der sozialen Verhältnisse an der Schwelle der Neuzeit . . . . . 34—40

Trauriger Zustand des akademischen Unterrichts an den Rechtsfakultäten in Italien und Deutschland; günstigere Verhälnisse in Frankreich. Darniederliegen des Rechtsunterrichts an den Universitäten Prag und Wien während des 15. und 16. Jahrhunderts (Treutler von Kroschwitz, Verfasser eines in Deutschland weit verbreiteten Lehrbuches des Zivilrechts, wirkt als Richter, nicht als Rechtslehrer in Prag). Juristische Halbgelehrte überfluten alle Gebiete praktischen Rechtslebens; sie ersehnen ihrem Bildungsgrade entsprechende literarische

Digitized by Google

Seite

Hilfsmittel: vor allem Formelsammlungen, dann populäre Leitfäden mit beigefügten Formularien (*praxis cancellariae* des Prager Stadtschreibers Prokop gegen die Mitte des XV. Jahrhunderts); Laienspiegel Tenglers 1509. Das Darniederliegen freiwilliger Gerichtsbarkeit wird gesteigert — neben der Geringschätzung in der Praxis und Theorie — durch die beklagenswerten politischen Verhältnisse. Änderung hierin infolge des Sieges landesherrlicher Gerichtsbarkeit über die Reichsgewalt, aber auch der Aufnahme gerichtlicher Auflassung als obligatorischen Eigentumsübertragungsakts an Immobilien und der Eintragung aller, Grundstücke betreffender Rechtsgeschäfte in öffentliche Bücher. Die Ausdehnung des Handels nach fernen Landen bewirkt intensivere Obsorge für Waisen und Verlassenschaften bei städtischen Gerichten; ähnlich das materielle Interesse der Gutsherren und Humanitätsrücksichten bei Patrimonialgerichten. Eingreifen der Reichsgesetzgebung (R. P. O. 1548, 1577). Unterstützend macht sich die populäre Rechtsliteratur geltend („Der Landwirt" 1547, 1587).

VII. Gesetzliche Regelung der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Österreich seit Kaiser Josef II. bis in die Gegenwart . . . . . 41—55

Treffliche Vorarbeiten bezüglich der Entwicklung in einzelnen Ländergruppen des Reichs bis zur Rechtsunifikation, aber dermal noch Unmöglichkeit einer zusammenfassenden Darstellung. Einfluß der Gesetzgebung in den böhmischen Ländern auf die einheitliche erbländische Legislative in Grundbuchs-, Verlaßabhandlungs- und Vormundschaftssachen. Der erleuchtete Absolutismus baut auf den vom konfessionellen gelegten Grundlagen fort. In der Kompilationskommission des *Codex Theresianus* wird die Notwendigkeit einheitlicher Regelung der Verlaßabhandlung und des Verfahrens in Mündel- und Pflegschaftssachen erwogen. Entscheidender Schritt betreffs der Unifikation der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach Einführung der allgemeinen Gerichtsordnung unter Kaiser Josef II. mit der Gerichtsinstruktion vom 9. September 1785; zuvor schon Entscheidung einer grundlegenden Frage, der Gestaltung des Rechtsmittels gegen Verfügungen in nichtstreitigen Rechtssachen mit dem HfD. vom 27. Dezember 1782 (Ursprung der „Vorstellung" in der gemeinrechtlichen Extrajudizial-Appellation und Skizze ihrer Formation). Erörterung wichtigerer Detailpunkte der Josefinischen Gerichtsinstruktion (Kuratel wegen Verschwendung, Konsens zur Umwandlung eines Real- in ein Pekuniarfideikommiß). Ergänzungen derselben. Keine Regelung des Notariats unter Kaiser Josef II., vielmehr Tendenz seiner Beseitigung. Neue legislative Aktion in Sachen der Rechtsfürsorge unter Kaiser Franz I. (1798, 1817); Verzögerung ihres Erfolgs. Die Ergebnisse der zur Neubearbeitung der freiwilligen Gerichtsbarkeit bestellten Hofkommission treten als Vorschriften über Verlaßabhandlung und in Vormundschafts- und Pflegschaftssachen in einzelnen südlichen Reichsteilen in Kraft (1824, 1825). Nach Aufhebung der Patrimonialgerichte wird ein einheitliches Reichsgesetz für diese Zweige der freiwilligen Gerichtsbarkeit 1850 gegeben. Die dringende Notwendigkeit einer den geänderten Lebensverhältnissen angepaßten gesetzlichen Regelung der freiwilligen Gerichtsbarkeit führt zur Erlassung des dermal geltenden Patents für das ganze Reich vom 9. August 1854, dessen Vorläufer zwei, die gleichen Bestimmungen enthaltende Ministerialverordnungen für Ungarn und seine Nebenländer bildeten. Nebenher ging die Neugestaltung des Notariats (1850, 1855, 1871).

VIII. Das Rechtsfürsorgeverfahren in der Rechtslehre und Literatur der neueren Zeit; Versuche seiner Abgrenzung vom Prozesse in der Rechtstheorie . . . . . 56—68

Die wissenschaftliche Behandlung der freiwilligen Gerichtsbarkeit gehört einer späten Zeit an. Unzureichende Anläufe in den Dissertationen

Digitized by Google

Seite

des 18. Jahrhunderts. Vergeblicher Mahnruf Gönners 1804 zur Pflege dieser Rechtsdisziplin an deutschen Hochschulen. Bahnbrechende Arbeiten Österleys (1830) und Wolfgang H. Puchtas (1820, 1831). Zusammenfassung der Ergebnisse gemeinrechtlicher Theorie und Praxis in Weiskes Rechtslexikon durch Julius Merkel (1860). Für die Pflege dieses Faches günstigere Universitätszustände in Österreich. Unter der Regierung der Kaiserin Maria Theresia (1754) Vorträge über Gerichtspraxis an der Prager Rechtsfakultät; seit 1805 bildet die das nichtstreitige Verfahren regelnde Josefinische Gerichtsinstruktion einen obligaten Vortragsgegenstand und seit 1810 ein Prüfungsfach bei Doktorsprüfungen. Zahlreiche literarische Versuche: Stöhr (1800), Gustermann (1805), Kostetzky (1814) und das in zahlreichen Auflagen in der ersten Hälfte des XIX. Jahrhunderts verbreitete offizielle Lehrbuch Fügers: „Das adelige Richteramt", welches die Praxis vollends beherrscht. Prinzipielle Fragen finden in diesen, bloß dem näheren Verständnisse des Gesetzesstoffes dienenden Arbeiten keine Erörterung.

Verdienst Anton Mengers (1876), durch Betonung des Zweckmoments die grundlegende Frage für die Literatur Österreichs gelöst zu haben. Mengers Charakterisierung des Prozesses als Repressivjustiz und der freiwilligen Gerichtsbarkeit als Präventivjustiz wird von Wach (1885; vorher schon von Drechsler) bemängelt, welcher zwar auch das Zweckmoment für maßgebend erklärt, aber es nur in der Rechtsgestaltung erblickt. Seine hervorragenden Anhänger Langheineken und Hellwig stimmen dieser Auffassung nicht bei; trotzdem verharrt Wach auch in der Polemik gegen Bülow auf seinem Standpunkte. Die an das deutsche Reichsgesetz vom 17. Mai 1898 anknüpfende Literatur erklärt eine begriffliche Scheidung beider Gebiete der Gerichtsbarkeit für untunlich und eine theoretische Feststellung des Gegenstandes freiwilliger Gerichtsbarkeit für unzulässig. In Österreich fehlt es (von Kießlings Versuch abgesehen) an einer systematischen Bearbeitung dieses Zweigs formellen Rechts. Adolf Weisslers Schrift: Reform der vorbeugenden bürgerlichen Rechtspflege in Österreich (1900), bringt die Lösung der grundlegenden Frage nach dem Wesen der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht.

IX. Gegenstand des Rechtsfürsorgeverfahrens nach österreichischem Rechte im allgemeinen . . . . . 69—80

Betätigung gerichtlicher Fürsorge im Dienste und zum Schutze der Privatrechtsordnung. Unterschiede vom Prozeß: I. dem Zwecke nach: im Prozesse Entscheidung über Rechtsstörung (Repression des Zivilunrechts); im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit Ermöglichung tunlichst gesicherten Rechtserwerbes und unbehinderter Rechtsausübung (Prävention gegen Zivilunrecht). Grenzabsteckung zwischen dem Gebiete freiwilliger Gerichtsbarkeit, der Feststellungsklagen und einstweiliger Verfügungen; II. rücksichtlich der Teilnehmer: dort Parteien, zumindest zwei Rechtssubjekte in Kollision ihrer rechtlichen Interessen; hier Beteiligte (Interessenten), ein einziges Rechtssubjekt oder eine Mehrheit solcher in Harmonie ihrer rechtlichen Interessen; III. der inneren Gestaltung nach: Prozeß ein einheitliches Ganze organisch unter gerichtlicher Leitung verknüpfter Parteihandlungen mit dem gemeinsamen Zwecke der Streitlosstellung des Klagsanspruchs. Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit, ein Komplex unterschiedlicher Rechtshandlungen und rechtlicher Erklärungen der Beteiligten und ihnen korrelater Verfügungen und Akte der Amtspersonen (gerichtlicher oder eines Notars), zur Erreichung mannigfacher Sonderzwecke der Rechtsfürsorge überhaupt.

Digitized by Google

Seite

X. Umfang des Verfahrens freiwilliger Gerichtsbarkeit nach österreichischem Rechte insbesondere . . . . . 81—107

Die Grenzziehung zwischen dem Gebiete freiwilliger Gerichtsbarkeit und dem Verwaltungsverfahren erfolgte nach Traditionen und wechselnden Zweckmäßigkeitsrücksichten; Schwanken der Gesetzgebung hiebei; Meinungsverschiedenheiten hierüber bei Beratung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches. Ausnahmsweise Konkurrenz gerichtlicher und Administrativbehörden. Privatrechtspflege und -Polizei staatlicher Verwaltungsbehörden. Aufrechterhaltung des *status quo* bei der Justizreform. Amtstätigkeit im Gebiete freiwilliger Gerichtsbarkeit nach geltendem Rechte: I. Zwecks zuverlässigen Rechtsverkehrs; *a)* Feststellung für den Rechtsverkehr erheblicher Tatumstände mittels amtlicher Erklärung oder Bestätigung (Verifikation); *b)* Mitwirkung bei Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechtsverhältnissen (Solemnisation); *c)* Eintragung von Rechtsverhältnissen oder rechtserheblichen Tatsachen in von Gerichten geführte, öffentlicher Einsichtnahme zugängliche Aufzeichnungen (Insinuation des gemeinen Rechts).

II. Zwecks Vorbeugung möglicher Beeinträchtigung gültig erworbener Rechte und bestehender Rechtsverhältnisse für die Zukunft, jedoch nur zu Gunsten der unter besonderem gesetzlichen Schutze stehenden Personen oder Vermögensmassen (Fideikommisse).

III. Regelung gewisser Streitfälle: *a)* bei Differenzen innerhalb der Familie (zwischen Ehegatten, sodann zwischen Eltern und Kindern); *b)* im Hinblicke auf mitberührte öffentliche Interessen; *c)* unter Mitgliedern von Handelsgesellschaften.

Es empfiehlt sich die Vereinigung des Rechtssprechens und der Rechtsfürsorge in der Hand der Gerichte, jedoch unter grundsätzlicher Ausscheidung selbständiger Beurkundungstätigkeit; letztere ist Notaren als besonders bestellten amtlichen Urkundspersonen zu überlassen.

XI. Charakteristik der Amtstätigkeit in Rechtsfürsorgesachen . 109—115

Sie ist verschieden gestaltet nach der Bedeutung der Rechtsangelegenheit und nach der Tragweite und Richtung ämtlichen Eingreifens. Bei Verifikation und Solemnisation äußert sich amtliche Beurkundungsgewalt, bei Vorbeugung von Rechtsbeeinträchtigungen richterliche Verfügungsmacht, bei Insinuationen eine Verbindung dieser beiden Elemente amtlicher Funktion, bei Regelung von dem Rechtswege entzogener Streitfälle gerichtliche Entscheidungsgewalt. Die amtliche Mitwirkung trägt nur bei Verifikation und Solemnisation einen formalen Charakter an sich, sonst nimmt sie materiellen Einfluß auf Gestaltung der Lebensverhältnisse. Bei den erstgenannten Akten und bei Insinuationen ist das Gesetz einzige Richtschnur, bei den übrigen Betätigungen gerichtlicher Rechtsfürsorge sind neben dem strengen Rechte auch Zweckmäßigkeitsrücksichten maßgebend.

Im Prozesse gilt Staatshilfe unter Ausschluß der Selbsthilfe; im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit Selbsthilfe und nur in gesetzlich bestimmten Fällen Zulässigkeit der Staatshilfe (fakultative Rechtsfürsorge, freiwillige Initiative der Beteiligten), bei Mitbeteiligung öffentlicher Interessen sogar Gebot letzterer (obligatorische Rechtsfürsorge, staatliche Initiative).

XII. Amtsorgane, Beteiligte und deren Vertreter . . . . . 116—141

A. Amtsorgane (S. 116 ff.): Die ordentlichen Gerichte unter gleichmäßiger Wahrung ihrer Unabhängigkeit, graduellen Kompetenz und Organisation (monokratisches und Kollegialsystem), wie im Prozesse.

Digitized by Google

Seite

Senate, Gerichtsabteilungen für freiwillige Gerichtsbarkeit, Stellung richterlicher Hilfsbeamten bei deren Ausübung, unterstützende Tätigkeit der Gerichtskanzlei.

Dauer der Zuständigkeit, deren örtliche Begrenzung, Rechtshilfe, Delegation (im Gegensatze zu der Verfügung nach § 111 JN.), Zuständigkeitsbestimmung und -Streitigkeiten. Verteilung der Geschäftszweige (Notwendigkeit der Zustimmung des Gerichtshofes erster Instanz nach § 109 JN.); Kompetenzgründe. Ausschluß der Prorogation. Wirkung der Unzuständigkeit und verfehlter Wahl des Verfahrens streitiger oder freiwilliger Gerichtsbarkeit. Macht inländischer Gerichte gegenüber von Ausländern.

B. Beteiligte und deren gesetzliche Vertreter (S. 127 ff.). Wer Teilnehmer am Verfahren, Interessent ist, bestimmt nicht der Wille einer Privatperson, wie im Prozesse, sondern des Richters Weisung entsprechend gesetzlicher Vorschrift. Die Beteiligung gestaltet sich verschieden betreffs der Zahl der Teilnehmer am Verfahren und des Maßes ihres privatrechtlichen Interesses an der Sache. Anstoß zur Einleitung des Verfahrens wegen mitberührter öffentlicher Interessen begründet an sich keine Teilnahme am Verfahren; Behörden können nicht Beteiligte sein. Ein Interessent am Verfahren darf nicht zugleich als Amtsperson oder als Auskunftsperson in der Eigenschaft eines Zeugen oder Sachverständigen hieran teilnehmen. Alle Interessenten sind zum Verfahren vom Gerichte heranzuziehen durch individuelle Ladung oder öffentliche Aufforderung, trotzdem sie bei Einleitung des Verfahrens (im Gegensatze zum Prozesse) vielleicht unbekannt sind.

Gesetzliche Vertretung richtet sich nach allgemeinen Rechtsvorschriften, häufig Kollisionskuratelen; Fideikommißkurator kein Vertreter einer juristischen Person, ebensowenig der Konkursmasseverwalter. Diese und der Pfandbriefkurator übernehmen nicht kraft ihres Amts selbst die Rolle der Beteiligten als Treuhänder, ebensowenig wie der Testamentsvollstrecker. Kurator der Ordenspersonen kein *Curator personae*. Der Art. IV ZPO. ist für das Verfahren außer Streitsachen ebenfalls maßgebend.

Pflicht der Gerichte, die Fähigkeit der Teilnehmer zum Einschreiten, Auftreten und Verhandeln vor Gericht und die Befugnis der gesetzlichen Vertreter von Amts wegen sicherzustellen und allfällige Mängel zu beseitigen (Stellung der Notare in dieser Hinsicht). Entscheidungen über die gedachte Fähigkeit und Befugnis binden den Prozeßrichter. Fähigkeit zu selbständigem Auftreten vor Gericht zu unterscheiden von der Berechtigung zu dem Gegenstande der Verhandlung. Bedeutung der Abhängigkeit und Verknüpfung rechtlicher Interessen für das Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit (§§ 79, 80 GrdbO.). Zur Vertretung öffentlicher Interessen während des Verfahrens ist kein *curator ratione publici* bei Ehelichkeitsanerkennung eines Kindes (Art. XVI JN.), wohl im Todeserklärungsverfahren der Ehebandsverteidiger berufen. Nach Abschluß des Verfahrens zur Wahrung des Gesetzes Rekursrecht der Finanzprokuratur trotz abgelaufener Frist.

C. Bevollmächtigte für das Verfahren und Beistände, S. 135 ff. Prinzip der Vertretungsfreiheit. Ausnahmen: Unzulässigkeit der Vertretung nach der Natur der Sache und Gebot der Bestellung von Bevollmächtigten. Kein Anwaltszwang (auch nicht bei Taubstummen, trotz § 275 ABGB.). Zulassung gemeiner Bevollmächtigter; die Ausschließungsgründe des § 29 ZPO. gelten auch hier; (keine Armenvertretung S. 226).

Inhalt und Form der Vollmacht nach allgemeinen Vorschriften des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches zu beurteilen; keine Formalvollmacht für das Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit. Prozeßvollmacht an sich kraftlos; Bedeutung der Prokura und des Prokuraindossaments

Digitized by Google

Seite

für dieses Verfahren. Nach bürgerlichem Recht ist Umfang, Bevollmächtigung mehrerer, Substitution und Wirkung des Todes des Vollmachtsgebers zu beurteilen. Erfordernis von Spezialvollmachten und der Vollmachtslegalisierung. Verhandeln mit einem *falsus procurator;* Geschäftsführer ohne Auftrag werden nicht zugelassen. Vollmacht *tecto nomine* des Vollmachtsgebers? Unterschied zwischen Bevollmächtigung zum Verfahren und bloßer Beistandschaft.

XIII. Grundsätze des Verfahrens . . . . . 142—179

Auf die Gestaltung der das Verfahren durchdringenden Grundsätze nimmt das Zweckmoment maßgebenden Einfluß; im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit muß die Tätigkeit des Gerichts zur möglichsten Wahrung schutzbedürftiger Rechtsinteressen gereichen. Zwittergebilde durch Verwendung der Formen des Streitverfahrens für Rechtseinrichtungen freiwilliger Gerichtsbarkeit sind dem österreichischen Rechte fremd.

1. Grundsatz allseitigen erschöpfenden Gehörs (S. 143 ff.).

Wo kein Gegner, keine Möglichkeit gleichen rechtlichen Gehörs; Heranziehung sämtlicher Beteiligter, vollste Vernehmlassung aller ist bei Nichtigkeitsfolge geboten. Aus Rücksicht schleunigster Erledigung gewisser Angelegenheiten ohne allseitige Erörterung erlassene Verfügungen müssen allen Teilnehmern Vernehmlassung unter Präklusionsfolgen als Minimum erschöpfenden Gehörs vorbehalten.

2. Ermittlung des Sachverhalts und Leitung des Verfahrens von Amts wegen (S. 145 ff.).

Im Prozesse Geltung der Verhandlungsmaxime; Streitstoffsammlung durch die Parteien; der Behauptungspflicht entspricht Beweislast. Im Verfahren außer Streitsachen Ermittlungspflicht des Gerichts. Dort Selbstbestimmungsrecht und Selbstverantwortlichkeit der Parteien betreffs des Streitstoffs unter Beihilfspflicht des Gerichts, die sich in der Prozeßleitung verkörpert. Hier amtswegige Feststellung des Sachverhalts unter Beihilfspflicht der Beteiligten und ausschließlicher Leitung des Verfahrens durch das Gericht. Die materielle Prozeßleitungsmacht sorgt für allseitige und gründlichste Erfassung, Vertiefung und Durchdringung des durch Parteientätigkeit beschafften Prozeßstoffs (Präklusion als Ausbleibensfolge). Die formelle Prozeßleitung bewirkt ungehemmtes Fortschreiten der Streitverhandlung, zweckentsprechende Gliederung des Prozeßstoffes bei Geltung arbiträrer Ordnung.

Im Verfahren außer Streitsachen ist eine bindende Ingerenz der Teilnehmer am Verfahren auf dessen Umfang und die Art der zu pflegenden Erörterungen (materieller Gehalt des Verfahrens), sowie auf Fortgang und Abwicklung der Verhandlung (formeller Verfahrensverlauf) ausgeschlossen. Über Richtung und Umfang der Erhebungen und die hiebei anzuwendenden Mittel entscheidet richterliches Ermessen (Versuchen einer Vereitlung der Erhebungen durch Ausbleiben wird durch Erscheinungszwang begegnet). Amtspflicht des Gerichts zur Benützung aller „schicklichen" Erhebungsmittel. Wechselbeziehung zwischen der Schärfe der Ermittlungstätigkeit und der Bedeutung der, von der Verfügung mitberührten öffentlichen Interessen. Ziel der Forschungstätigkeit im allgemeinen nur Gültigkeit und Rechtsbeständigkeit der Verfügung, ausnahmsweise deren Angemessenheit und Zuträglichkeit, ja sogar unabweisliche Notwendigkeit. Betreffs der formellen Leitung des Verfahrens gilt ohne Einschränkung das Prinzip arbiträrer Ordnung. Unterbrechung des Verfahrens wegen öffentlichrechtlicher, krimineller oder zivilrechtlicher Vorfragen; welche Bedeutung haben die, eine Unterbrechung des Prozeßverfahrens bewirkenden Umstände für das Verfahren außer Streitsachen?

Digitized by Google

Seite

Abschluß des Verfahrens und dessen Tragweite in beiden Gebieten der Gerichtsbarkeit; neuerliche Einleitung des Verfahrens in anhängigen oder endgültig erledigten Angelegenheiten.

Rechte zur Aufrechterhaltung der Ordnung bei gerichtlichen Verhandlungen. Pflicht zur Unterstützung rechtsunkundiger Teilnehmer am gerichtlichen Verfahren.

3. Schriftlichkeit und Mittelbarkeit (S. 169 ff.).

Charakterisierung der Mündlichkeit und Bedeutung der Schrift für das Streitverfahren; Verhandlungsprotokoll im Prozesse. Unterschiede zwischen der mündlichen Streitverhandlung und bloßer Einvernehmung der Parteien (S. 172, Note 12).

Schriftlichkeit des Verfahrens freiwilliger Gerichtsbarkeit (Schriftsätze, Protokollaräußerungen). Beihilfe der Gerichtskanzlei. Anbringen in Telegrammform, durch das Telephon? Keine ängstliche Einhaltung der Formerfordernisse der Schriftsätze, soweit dieselbe behufs zweckentsprechender sachlicher Erledigung nicht erforderlich. Verhandlungsprotokolle (§ 38 GOG. gilt nicht bei Protokollen über selbständige Solemnisationen). Einsicht der Gerichtsakten.

Unmittelbarkeit im Prozesse natürliche Folge der Mündlichkeit, dagegen Mittelbarkeit infolge der Schriftlichkeit im Verfahren außer Streitsachen, nicht bloß beim Gerichtshofe.

4 Ausschluß der Öffentlichkeit (S. 178 ff.).

Die für die Öffentlichkeit des Streitverfahrens maßgebenden Gründe entfallen bei Verhandlungen im Bereiche freiwilliger Gerichtsbarkeit; im Gegenteile sprechen gewichtige Erwägungen für deren Ausschluß, welcher mit dem Staatsgrundgesetze über richterliche Gewalt (Art. X) im Einklange ist. Öffentlichkeit der Ergebnisse richterlicher Verfügungsgewalt in Tabular- und Handelsregistersachen naturgemäß geboten.

XIV. Beweis . . . . . 180—202

Art und Mittel der Bewahrheitung aller für die Erledigung der Rechtssache entscheidender Tatumstände stehen in beiden Gebieten der Gerichtsbarkeit unter dem Einflusse der verschiedenen Grundanlage und Struktur des Verfahrens; für beide Gebiete gilt aber der Grundsatz freier Beweiswürdigung. Keine Beweislast, vielmehr richterliche Erhebungspflicht. Keine Beweisanbietung und ihr korrelate Beweiszulassung, wohl aber Beweisanordnungen von Amts wegen. Mißlungene Beweisführung nicht an sich verhängnisvoll für die Sacherledigung. Wahrheitserhebung durch alle dem Gerichte erreichbaren schicklichen Mittel, regelmäßig nach seiner Wahl. Ausnahme bei Inventuren. (Die gleichen rechtserheblichen Tatumstände können für beide Gebiete des Gerichtsverfahrens als Beweisthema maßgebend sein.) Es fehlen hier die mit dem Gegenüberstehen zweier Parteien zusammenhängenden Beweiseinrichtungen (Beweiseinreden, Gegenbeweis).

Intensiveres Nachforschen nach Beweisquellen als mittels des richterlichen Fragerechts im Prozesse. Die Beweisaufnahme gestaltet sich weit formloser, als in diesem; soweit möglich vor dem Verhandlungsrichter, nach Bedarf mit Hilfe eines ersuchten, keinesfalls aber eines beauftragten Richters. Allenfalls auch im Auslande nach Analogie § 283 ZPO.

Trennung der Beweisaufnahme von der Verhandlung tunlichst zu vermeiden. Ausnahmsfälle von Beweissicherung.

Glaubhaftmachung richtet sich nach der prozeßrechtlichen Vorschrift.

Quellen der Überzeugung des Richters im wesentlichen für beide Gebiete der Gerichtsbarkeit die gleichen, unter Ausschluß eidlicher Vernehmung der Partei als des unverläßlichsten Wahrheits-

Digitized by Google

findungsmittels (Ausnahme: Todeserklärungsverfahren; keine Auferlegung des Manifestationseides im Verlaßabhandlungsverfahren von Amts wegen).

Unter den Auskunftspersonen ist an erster Stelle der Beteiligte einzuvernehmen, erforderlichenfalls Haupt- und Nebenbeteiligte. Die im Streitverfahren auseinanderliegenden Einvernahmen zu Informations- und Beweiszwecken fließen hier zusammen. Neben den Beteiligten sind Zeugen und Sachverständige zu hören, unter ersteren insbesondere auch Gedenkmänner. Trotz der im Bereiche nichtstreitiger Rechtssachen anerkannten erzwingbaren Auskunftspflicht gelten die Ausschließungs- und Ablehnungsgründe des Prozeßrechts. Regel bildet die mündliche Abhörung, obwohl Einholung schriftlicher Auskünfte nicht ausgeschlossen. Als rechtliches Sicherungsmittel für die Wahrheit der Aussage Eid nicht unbedingt geboten; manchmal geradezu nicht erfordert. Erhebung des Wissensgrunds geboten und Zeugengegenüberstellung zulässig. Von Zeugen zu unterscheiden sind Berater des Gerichts betreffs der Zweckmäßigkeit oder Notwendigkeit gewisser Verfügungen.

Als Sachverständige haben nur nach der Zivilprozeßordnung hiefür geeignete Personen zu fungieren; deren Zahl unterliegt richterlichem Ermessen (außer im Eisenbahnexpropriationsverfahren). Schriftlichkeit des Gutachtens Regel; Ergänzung von Lücken und Aufklärung von Dunkelheiten ist richterliche Amtspflicht. Leitung freiwilliger Schätzungen kann auch Notaren überwiesen werden. Über Protokollierung der Aussagen aller Auskunftspersonen, Zulässigkeit von Zwangsmaßregeln zur Erfüllung der Auskunftspflicht gelten analog die Vorschriften der Zivilprozeßordnung. Dagegen tritt nicht ein die Erlassung des Zeugeneides zufolge Verzichts der Beteiligten, Ausfallen der Einvernahmen mangels rechtzeitiger Kostendeckung und Beweispräklusion bei Fristversäumnis zur Beweisaufnahme; unentscheidend ist für die erforderliche Aufklärung der Sachlage ein Verzicht der Beteiligten auf die Beweisaufnahme.

Auskunftssachen im engeren Sinne (§ 318) hier häufiger als im Prozesse anwendbar. Urkunden insbesondere betreffend gelten die Weisungen der Zivilprozeßordnung über Beweiskraft öffentlicher und Privaturkunden unter Aufrechterhaltung der im § 8 Pat. statuierten obligatorischen und fakultativen Legalisierungspflichtigkeit und der Vorschriften über die Form bei Gericht abzugebender Erklärungen (Art. VII ZPO.). Legalisierungszwang für die Grundlagen von Eintragungen in öffentliche Bücher und Register. Handelsbücher ihrem ganzen Inhalte nach (Art. 40 HGB.) Beweisquelle. Beweiserfordernisse im Auslande ausgestellter Urkunden zu unterscheiden von den Solemnitätsbedingungen in Urkundsform errichteter Rechtsgeschäfte. Vorlage der Urschrift; deren Belassuug bei Gericht. Beihilfspflicht Dritter bei Benützung von Urkunden und Auskunftssachen weiter reichend als im Prozesse; für die Editionspflicht ist Beteiligung oder Nichtbeteiligung an der Sache gleichgültig.

Gerichtlicher Augenschein spielt eine größere Rolle als im Prozesse, insbesondere bei Inventuren.

Das im modernen Prozeßrechte weit ausgedehnte Eingreifen des Gerichts bei der Beweisaufnahme findet als Ausfluß der das außerstrittige Verfahren beherrschenden richterlichen Erhebungspflicht volle Anwendung.

Freie Beweiswürdigung gilt in beiden Gebieten der Gerichtsbarkeit; im Prozesse nur rücksichtlich der tatsächlichen Angaben, im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit betreffs aller erhobenen Tatumstände. Erörterung der Beweisergebnisse seitens der Beteiligten ist letzterem Verfahren fremd.

Digitized by Google

Seite

Exkurs über den Einfluß der Zivilprozeßordnung auf die Bestimmungen der §§ 66, 67 Pat. . . . . 199—202

XV. Zustellungswesen, Zeit und Ort der Verhandlung . . . . 203—206

Ersteres für beide Zweige der Gerichtsbarkeit gleichmäßig geregelt; Zustellung von Amts wegen durch gesetzlich bestimmte Zustellungsorgane. Ersatzzustellung ist Regel; zu eigenen Handen ist Zustellung ausnahmsweise gesetzlich verfügt oder richterlicher Anordnung vorbehalten. Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung nicht selten.

Ausschlußfristen und Tagsatzungen mit Präklusionsfolgen nur für rechtliche Erklärungen, nicht für Ermittlungen. Fristenberechnung nach der Zivilprozeßordnung; keine Wartestunde.

Vorschriften über Gerichtsferien gelten nicht für Grundbuchssachen; andere Angelegenheiten sind nach Bedarf für Ferialsachen zu erklären. Bedeutung der Sonn- und Feiertage für Zustellungen, Tagsatzungen und Verfügungen.

Gerichtsort ist das Gerichtshaus im Amtssitz; Ausnahmen bewirken Gründe der Notwendigkeit und Nützlichkeit (insbesondere Abhaltung von Gerichtstagen).

Zeit und Ort der Aufnahme notarieller Urkunden.

XVI. Gültigkeit und Nichtigkeit des Verfahrens . . . . . 203—223

Gerichte als staatliche Rechtspflegeorgane haben in beiden Gebieten der Gerichtsbarkeit strengstens für Gültigkeit des Verfahrens zu sorgen; Kargheit des Verfahrens freiwilliger Gerichtsbarkeit betreffs positiver Vorschriften über Nichtigkeit. Verschiedenheit der das Verfahren beherrschenden Grundsätze hat Ungleichheit der Bedeutung und Behandlung der Nichtigkeiten zur Folge.

Im Prozeß herrscht die Dispositionsmaxime: *Judicio contrahitur*. Der Staat bezweckt nur Rechtsfrieden, der Urteilsinhalt berührt ihn nicht. Den Parteien obliegt Diligenz zur Verhütung und Geltendmachung von Nichtigkeiten. Verletzung unabweislicher Voraussetzungen und wesentlicher Prozeß- und Spruchformen bewirkt Nichtigkeit zum Schutze des Gegners. Alle Nichtigkeitsgründe sind formeller Natur, wirken absolut. Formelle Rechtskraft deckt in der Regel Nichtigkeit, weil Insanabilität dem Postulate der Prozeßökonomie widerstrebt (Ausnahmen). Unwirksamkeit des nichtigen Urteils *ipso jure* ist dem modernen Rechte fremd.

Im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit gilt die Untersuchungsmaxime und ausschließlich richterliche Leitung des Verfahrens; die Gesamtheit der Staatsgenossen ist an dem verläßlichen und nachhaltigen Funktionieren der Einrichtungen der Rechtsfürsorge als einer Wohlfahrtsinstitution unmittelbar interessiert. Beteiligte haben weder Pflicht, noch Anlaß, auf Wahrung gesetzlicher Voraussetzungen und Formen des Verfahrens zu achten. Formelle Rechtskraft deckt hier nicht Nichtigkeit; durch Beschwerde nach Fristablauf kann sie geltend gemacht werden, sofern es ohne Nachteil Dritter tunlich. Die Nichtigkeit ist hier eine relative, also unbeachtliche, wenn trotz unterlaufener Verfahrensmängel der angestrebte präventive Rechtsschutz erreicht wurde. Verletzungen materiellen Rechts sind wie im Prozesse kein Nichtigkeitsgrund. Ausdrücklicher Kraftloserklärung nichtiger Verfügungen bedarf es auch hier.

Nichtigkeitsgründe sind im Gebiete freiwilliger Gerichtsbarkeit nur die im § 477, Z. 1—6, 9 ZPO. angeführten, mit gewissen Abweichungen; nicht aber Unvollständigkeit der Erhebungen oder der Verfügung, insbesondere auch nicht deren mangelnde Begründung. Aktenwidrigkeit, Begehrensüberschreitung oder Erlassung an einem Feriaitage.

Digitized by Google

Seite

Ebenso wie bei Litispendenz und Rechtskraft im Prozesse die gleichzeitige oder nachträgliche Doppelerledigung aufzuheben ist, muß es im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit geschehen.

Materiellrechtliche Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts ist kein Nichtigkeitsgrund der gerichtlichen genehmigenden Verfügung.

Nichtigkeit ist von den Beteiligten im Rechtsmittelverfahren zur Geltung zu bringen; Amtspflicht übergeordneter Gerichte ist es aber, in diesem Verfahren entdeckte, nicht geltend gemachte Nichtigkeiten zu berücksichtigen.

XVII. Kosten des Verfahrens . . . . . 224—226

Kostentragungspflicht der Beteiligten entsprechend dem Interessenprinzip; ausnahmsweise bilden die Kosten eine Last des vom Gerichte abgehandelten Vermögens. Das Schuldprinzip entscheidet für die Tragung der durch Pflichtvergessenheit gesetzlicher Vertreter oder durch Verschuldung nichtigen Verfahrens von Seite des Gerichts selbst verursachten Kosten.

Aus dem Gesichtspunkte des Handelns auf eigene Gefahr tritt Kostenerstattungspflicht des Sachfälligen ein bei Regelung der im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit auszutragenden Streitsachen (außer der im Schoße der Familie hervorgekommenen); ähnlich in den Fällen der §§ 14 und 45 GrdbO.

Kein Armenrecht im Sinne der Zivilprozeßordnung, daher auch keine Armenvertretung.

XVIII. Erledigung des Verfahrens durch Verfügung . . . . . 227—234

Endliche Erledigung bei Gericht anhängiger Rechtssachen erfolgt durch Betätigung richterlicher Amtsgewalt oder durch Privatvereinbarung. Im Prozesse durch Urteil gemäß und in den Grenzen der Sachanträge auf Feststellung oder Leistung, mit deklarativer Wirkung; streitig, inwieweit Urteile konstitutiven Charakters anzuerkennen sind. Privatrechtliche Vorfragen kann das Prozeßgericht selbst entscheiden. Unbedingtes Gebundensein des Prozeßgerichts an das verkündete Urteil; kein Sistierungsrecht des Senatsvorsitzenden, Abänderung nur im Rechtsmittelverfahren. Ausnahme bei Erledigung gewisser Rekurse in I. Instanz. Sach- und Streitstand in der I. Instanz auch für die Rechtsmittelinstanz maßgebend. Anspruchssicherung während des Streitverfahrens nur über Begehren; Ausnahme im Besitzstörungsverfahren.

Endliche Erledigung der Angelegenheiten freiwilliger Gerichtsbarkeit durch Verfügung deklarativer oder konstitutiver Natur. Privatrechtliche (und anderen Rechtsgebieten angehörige) Vorfragen müssen im vorläufigen Rechtswege (oder in anderweitigem Verfahren) ihre Lösung finden. Legitimation durch den Landesfürsten keine Verfügung, sondern administratives Privileg. Keine mündliche Verkündigung der Verfügung; sie kann bei den über Ansuchen der Beteiligten ergehenden Verfügungen über das Begehren hinausgehen, in Fällen des von Amts wegen eingeleiteten Verfahrens ist das Ziel des Verfahrens und die Grenze der Verfügung im Gesetze gegeben. Stets enthält die endliche Verfügung eine erschöpfende, unbedingte, abschließende Erledigung in präziser Fassung. Auch die Ablehnung der erbetenen Amtstätigkeit aus gesetzlichen Gründen muß eine ausdrückliche sein. Für die Sicherheit der Teilnehmer während des Verfahrens ist nach Maßgabe des Gesetzes zu sorgen.

Abänderung der erlassenen Verfügung von Amts wegen ist ausgeschlossen, jedoch ein Sistierungsrecht des Senatsvorsitzenden unter genau bestimmten Bedingungen anerkannt. Die wichtigsten Verfügungen der Bezirksgerichte in Vormundschafts- und Pflegschaftssachen unterliegen der Bestätigung durch den Gerichtshof. Unzulässig jedoch Anfrage über die zu treffende Verfügung beim übergeordneten Gerichtshofe.

Digitized by Google

Seite

XIX. Rechtsmittel . . . . . 235—255

Deren Notwendigkeit; im Gebiete freiwilliger Gerichtsbarkeit kein Rechtsmittel, worüber ein zweiseitiges Verfahren eröffnet wird. Rechtsmittel sind Rechtsbehelfe, die auf Aufhebung oder Abänderung einer das Verfahren leitenden oder es erledigenden Verfügung abzwecken. Abgrenzung der Beschwerde als Rechtsmittel gegenüber anderen Beschwerden. Keine Rechtsbelehrung über Zulässigkeit und Frist der Beschwerde.

Beschwerderecht gleichmäßig geregelt betreffs beider Gattungen von Verfügungen. Besonderheit, daß Abhilfe gegen beschwerende Verfügungen vorerst mittels Vorstellung in I. Instanz und bei deren Erfolglosigkeit mittels Rekurs in II. Instanz gesucht werden kann. Ihr Ziel ist zweckentsprechende Leitung des Verfahrens und sachgemäße, gesetzentsprechende Erledigung desselben. Abänderungsrecht der I. Instanz, sofern Dritte aus der Verfügung nicht Rechte erlangten. Anwendung beider Formen der Beschwerde neben und nacheinander. Erhebungsstelle ist, zur Verhütung des Rekurses *per saltum*, das Gericht, welches die beschwerende Verfügung erließ; Unstatthaftigkeit einer direkten Beschwerde bei der zweiten Instanz.

Legitimation zur Beschwerde: jeder, für den aus der Verfügung eine Benachteiligung erwuchs; auch der gesetzliche Vertreter gegen eine seinem gesetzlichen Schützling nachteilige, aber von ihm erwirkte Verfügung; weiters nichteigenberechtigte Beteiligte, insoweit ihnen ein Antragsrecht zusteht; nicht der Vertragsgenosse des Pflegebefohlenen gegen versagte Bestätigung des Rechtsgeschäfts.

Rekursrecht des Gerichts I. Instanz und der Verwandten des Schutzbefohlenen; Beschwerderecht der Finanzprokuratur zur Wahrung öffentlicher Interessen.

Beschwerdegrund und Beschwerdeantrag; Zulässigkeit der Anführung neuer Umstände und Beweismittel.

Form der Beschwerde; auch mittels Telegramm (nicht Telephon). Beschwerdefrist; Folge der Versäumnis.

Vorlegung verspäteter und unstatthafter Beschwerden an die höhere Instanz.

Wirkung der Beschwerde: Suspensiv- und Devolutiveffekt. Keine Vernehmung Mitbeteiligter. Rekurserledigung (Rückverweisung der Sache, Ablehnung einer Entscheidung, Abänderung der Verfügung); Zulässigkeit diskretionärer Übertragung einer Ergänzung der rekursgerichtlichen Entscheidung an die Unterinstanz.

Bei Rückverweisung ist das Untergericht an die rechtliche Beurteilung gebunden, von welcher die Rekursinstanz ausging. Keine *Reformatio in pejus*. Befugnis zur Erhebung einer Abschrift des Rekursberichts bei abweislicher Erledigung

Vorstellung gegen Rekurserledigungen ausgeschlossen; jedoch Rekurs dagegen an den Obersten Gerichtshof, insbesondere auch bei Bestätigung der angefochtenen erstrichterlichen Verfügung wegen Nichtigkeit oder offenbarer Gesetz- oder Aktenwidrigkeit mit Suspensiveffekt gestattet, außer in Grundbuchssachen.

Außerordentliche Rechtshilfe mittels Nichtigkeits- oder Wiederaufnahmsklage ist versagt. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ausnahmsweise zulässig, bei Ediktalverfahren aber nach der Natur der Sache und in Grundbuchssachen der *publica fides* wegen ausgeschlossen.

XX. Rechtswirkungen der Verfügung; Vollzug und Zwangsvollstreckung . . . . . 256—274

Im Rechtsstreite Zusammenfallen aller Wirkungen endgültiger Entscheidung (formelle und materielle Rechtskraft) in demselben Zeit-

Digitized by Google

Seite

punkte; im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit Auseinanderfallen der Wirksamkeit einer Verfügung und ihrer formellen Rechtskraft. Erstere ist Eintritt der mit der Verfügung beabsichtigten Rechtsfolgen; letztere bedeutet Unanfechtbarkeit der Verfügung. Wirksamkeit tritt regelmäßig mit der Zustellung der Verfügung ein, weil dem Zwecke des Verfahrens entsprechend möglichst baldige Rechtssicherung gegen künftig mögliche Rechtsstörung ersehnt wird. Doch Aufschiebung der Wirksamkeit durch den Richter zulässig, wenn zeitlich aufgeschobene aber unerschütterliche Rechtsgestaltung für den Beteiligten erwünschter als alsogleich wirksame, aber hinfällige.

Res judicata im Prozeß schafft zwar Recht nur zwischen den Parteien, ist aber von Amts wegen auch im später anhängig gewordenen außerstrittigen Verfahren zu berücksichtigen, weil vom Standpunkte des Staates aus Unanfechtbarkeit des durch Richterspruch als bestehend anerkannten Rechtsverhältnisses gefordert werden muß. (Ausnahmsweise Ausdehnung der Rechtskraft in Statusprozessen.)

Auch im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit ist der formell unanfechtbaren Verfügung eine das betreffende Rechtsverhältnis endgültig feststellende Kraft beizumessen. Gründe dafür und gesetzliche Ausnahmen hievon (Exkurs über „Rechtskraft" der Einantwortung). Die als Rechtskraft bezeichnete bindende Wirkung äußert sich auch im nachfolgenden Rechtsstreite betreffs der mit der Verfügung geregelten Rechtsfrage; eine bei Ablehnung einer Verfügung ausgesprochene rechtliche Beurteilung entbehrt aber dieser Wirkung. Wegen einer *causa superveniens* kann selbst die unanfechtbare Verfügung eine Abänderung erleiden. Unterschied zwischen der Rechtskraft einer Verfügung und der mit der Beweiskraft öffentlicher Urkunden ausgestatteten Beurkundung.

Bedeutung der rechtskräftigen Genehmigung von Rechtsgeschäften gesetzlicher Schutzbefohlener bei Anfechtung materiellrechtlicher Gültigkeit der Rechtshandlung.

Endliche Verfügungen äußern durch Regelung der Rechtslage stets juristischen Effekt und können von den Beteiligten selbst in ihren Rechtsbeziehungen in der Regel sogleich in Vollzug gesetzt werden. Rechtskraft ist in gesetzlichen Ausnahmsfällen abzuwarten aus Rücksichten auf die Sicherheit des Rechtsverkehrs oder wegen Unmöglichkeit der Herstellung des *status quo*. Behufs Erzielung eines bestimmten äußeren Erfolges in Gemäßheit der Verfügung Dritten gegenüber ist zur Durchsetzung des ergangenen Gebots oder Verbots Zwangsvollstreckung anwendbar. Die im Prozesse stets nur über Ansuchen zu bewilligende zwangsweise Durchsetzung der zuerkannten Leistung tritt im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit ausnahmsweise auch von Amts wegen ein. Einschlägige Fälle. Voraussetzung der Anwendung der Zwangsgewalt ist auch hier ein Exekutionstitel; deren Anzahl erfuhr für dieses Gebiet bei Einführung der Exekutionsordnung keine Vermehrung, jedoch können auch fernerhin bei ausländischen Gerichten im außerstreitigen Verfahren geschaffene Exekutionstitel Grundlage hierlands geführter Zwangsvollstreckung sein.

Deren Vollzug erfolgt in beiden Gebieten der Gerichtsbarkeit unter Anwendung derselben Zwangsmittel und gleicher Formen; die Kostenpflicht ist nach der Exekutionsordnung zu regeln.

Der Grundsatz der Proportionalität zwischen Mittel und Zweck gilt bei der Zwangsvollstreckung überhaupt, also auch hier.

Ziel derselben wird in der Regel Erfüllungszwang betreffs bestimmter Leistungspflicht, ausnahmszweise Hemmungszwang zur Verhütung unzulässigen Handelns sein.

Gerichtszuständigkeit, Einstellung und Aufschiebung der Zwangsvollstreckung unterliegen in beiden Bereichen der Gerichtsbarkeit

Digitized by Google

Seite

gleichen Normen, doch sind Oppositionsgründe im Rechtswege geltend zu machen.

Exekution zur Sicherstellung und einstweilige Verfügungen unterliegen den allgemeinen Vorschriften der Exekutionsordnung, soweit sie anwendbar sind. Lücken in den Normen betreffend nichtstreitiges Verfahren über das Vorgehen bei Durchführung der letzteren werden durch die Anordnungen der Exekutionsordnung ausgefüllt; die bloß beispielsweise Anführung der als einstweilige Verfügung anwendbaren Mittel bei anderen als Geldleistungen ermöglicht die Wahl des passendsten. Die Vorschriften über Sicherheitsleistung und Erhaltung des *status quo* bei Verweisung der Sache auf den Rechtsweg, sowie über Innehaltung mit der Zwangsvollstreckung nach § 2, Z. 7 Pat. blieben aufrecht.

XXI. Friedensrichterliche Tätigkeit . . . . . 275—277

Vergleichsstiftung wurde als Amtspflicht staatlicher Verwaltungsbehörden in zahlreichen Fällen anerkannt, ist daher um so mehr eine Pflicht der Gerichte bei Verhandlung von Privatrechtssachen. Die Zivilprozeßordnung anerkennt die Befugnis aller Gerichte hiezu in jeder Lage des Rechtsstreits von Amts wegen und auferlegt Bezirksgerichten außerdem die Vornahme sogenannter prätorischer Vergleichsversuche über Ansuchen. Gerichtliche Vergleiche beider Art sind vollwertige Exekutionstitel ohne Befristung ihrer Kraft.

In Angelegenheiten freiwilliger Gerichtsbarkeit hat das Gericht stets drohenden Rechtsstreiten durch Vergleichsversuche vorzubeugen; auch hier besitzt der zu stande gekommene gerichtliche Vergleich dieselbe Exekutionskraft.

XXII. Schlußwort . . . . . 278—279

Notwendigkeit einer sachlichen Revision der Gesetzgebung in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit Rücksicht auf die Entwicklung der wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse (Zwangserziehung), insbesondere nach Inangriffnahme der Reform des allgemeinen bürgerlichen Rechts. Hiebei zu beachtende Momente und einzuschlagende Richtung.

Digitized by Google

I. Entwicklung und Geschicke des Rechtsfürsorgeverfahrens im allgemeinen.

Nach dem übereinstimmenden Zeugnisse hervorragender Forscher im Bereiche der römischen und germanischen Rechtsgeschichte, Ihering[1]) und K. Maurer, gehört der Prozeß zu den frühest entwickelten Rechtseinrichtungen. Zu einer Zeit, da die zivilistischen Rechtsbegriffe erst in schwachen Umrissen sichtbar werden, erscheint der Prozeß bereits in ausgebildeter, scharf vom Hintergrunde sich abhebender Gestalt und bildet einen der ältesten Gegenstände der Gesetzgebung. Eine allbekannte Erscheinung aber ist es, daß erst bei fortgeschrittener Entwicklung des Rechtsverkehrs dem Streitverfahren die Ausübung freiwilliger Gerichtsbarkeit sich beigesellt. Denn bei dem Vorherrschen einfacher Rechtsverhältnisse gilt es vor allem, dem verletzten Rechte rasch und sicher zum Siege zu verhelfen. Viel später, wenn das Rechtsleben kräftiger erblüht und die rechtlichen Beziehungen mannigfach sich verknüpfen und verschlingen, macht sich das Bedürfnis geltend, auch bloß befürchteten Rechtsverletzungen im privatrechtlichen Verkehr für die Zukunft vorzubeugen.

Gefördert und unterstützt wird dieser Entwicklungsgang durch die Erkenntnis, daß es weit vorteilhafter ist, ein dem Einzelnen zustehendes Recht vor etwa möglicher Gefährdung und Beeinträchtigung im vorhinein zu schützen, als für das bereits geschädigte Recht durch richterliches Urteil und Zwangsvollstreckung Schutz und Wiederherstellung zu suchen. Ist doch der Sieg im Rechtsstreite trotz richtigen Prozeßbetriebes vielfach von unvorhergesehenen Zwischenfällen bei der Beweisführung abhängig und das

[1]) Geist des römischen Rechts, III. Teil, I. Abteilung, S. 17 und ebendort das Zitat aus Maurers Graagans. Rechtsfindung im Urteil geht der Rechtssatzung durch die rechtsschaffenden Organe voraus.

Digitized by Google

ersehnte Ziel von irriger Rechtsauslegung bei Betätigung richterlicher Spruchtätigkeit bedroht. Abgesehen davon kann selbst der gerechteste Urteilsspruch wegen undurchführbarer Zwangsvollstreckung ohne alle Wirkung bleiben. Nicht bloß Verluste am Vermögen Einzelner, auch Einbuße an Vertrauen und Zuversicht zu dem vom Staate erwarteten Rechtsschutze sind die natürlichen Folgen, wenn das Streitverfahren versagt, von dem die Beseitigung einer erlittenen Rechtsverletzung erhofft wurde. Der Umstand, daß das Schutzbedürfnis gegen eine bloß zu befürchtende Rechtskränkung später empfunden wurde, als das Erfordernis einer Abhilfe gegen bereits eingetretene Rechtsbenachteiligungen, war nicht die einzige Ursache der erst weit später erfolgten Ausbildung der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Ihrem prophylaktischen Wesen entsprechend hatte diese richterliche Tätigkeit langjährige Erfahrungen in Betreff des bei den einzelnen Rechtsverhältnissen hervortretenden Schutzbedürfnisses zur Voraussetzung, nahm sonach nur einen allmählichen, der jeweiligen Kulturstufe sich anpassenden Entwicklungsgang und fand demzufolge für lange hinaus in der Rechtsliteratur gar keine oder nur unzureichende Pflege.

Wenn irgendwo, so bewährt sich an dem allmählichen Ausbau der freiwilligen Gerichtsbarkeit das Wort des geistreichen Romanisten[2]), daß das Bedürfnis und die Erfindungskraft des Verkehrs stets weiter hinausgreifen, als das juristische Denken; letzteres ist immer hinter der Zeit zurück und hinkt hinter dem Leben einher.

Erst einer verfeinerten Rechtsanschauung erschien es unzureichend, daß Eigen und Forderung dem Grundbesitzer und Gläubiger durch Gerichtszwang bewährt wird. Sie forderte außerdem gerichtliche Obsorge zum Schutze der Rechte Ungeborener und der letzten Wünsche Sterbender. Gleichwie einerseits die Anerkennung keimenden Lebens als Trägers beschränkter Rechtsfähigkeit und andrerseits des Fortlebens der Rechtspersönlichkeit trotz des Todes des einzelnen Menschen in der ruhenden Erbschaft eine geistvolle Vertiefung der Erkenntnis vom Rechtssubjekte bedeutet, ist das Aufkommen der freiwilligen Gerichtsbarkeit ein Symptom fortgeschrittener Auffassung der Aufgaben der Gerichtsbarkeit als allseitiger Gewährleistung des Rechtsschutzes, nicht

[2]) Ihering, a. a. O., III. Bd., S. 133.

Digitized by Google

durch Rechtsspruch allein, auch mittels Rechtsfürsorge! Mit der Gestaltung der sozialen Verhältnisse übergeht an den Staat und dessen Gerichte die Betätigung von Pflichten, denen in der Zeit eines regen Bewußtseins der Blutgenossenschaft die Familie Genüge leistete. Die immer schwächere Tätigkeit der natürlichen Fürsorger und Vertreter führt zu einer eingreifenden Beteiligung und stärkeren Überwachung seitens der öffentlichen Gewalt.[3]) An Stelle des „geborenen" Vormundes tritt der vom Gerichte „gekorene" und die oberaufsehende Vormundschaftsbehörde. Anstatt des pflichtvergessenen Vaters, der seine natürlichste Pflicht der menschlichen Gesellschaft gegenüber, die Kindeserziehung, vernachlässigt oder seine Staatsgenossen durch Mißerziehung bedroht, übernimmt in unseren Tagen der Staat sogar die Zwangserziehung!

Eine regere und intensivere Präventivjustiz auf privatrechtlichem Gebiete kann sich freilich mit Erfolg erst von da ab betätigen, wo mit einem sorgfältig gegliederten Behördenorganismus und mit gründlicher Rechtskenntnis bei den Gerichten hiefür die unabweislichen Voraussetzungen geschaffen sind. Vorher konnte es um so minder erhofft werden, da die freiwillige Gerichtsbarkeit auch in der Rechtsliteratur bis in die Neuzeit ein arg vernachlässigtes und darum verkümmertes Stiefkind blieb.

Ohne auf das Detail der Entwicklung der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Laufe der Jahrhunderte einzugehen, mögen die nachfolgenden Ausführungen lediglich als Belege für die Richtigkeit der vorausgeschickten Behauptungen dienen.

[3]) Rive, Die Vormundschaft im deutschen Mittelalter, S. 8 ff.

Digitized by Google

II. Entwicklungsgang im Römerreiche und in den nach seinem Sturze entstandenen germanischen Staaten.

Aus geringen Keimen erwuchs der jüngere Schößling des gerichtlichen Verfahrens zu einem mächtigen Stamme.

In dem als *corpus juris* bezeichneten Sammelwerke von Rechtsvorschriften des römischen Rechts findet sich an einer einzigen Stelle (fr. 2, D. I, 16, *de officio proconsulis)* der Ausdruck *jurisdictio voluntaria,* als Gegensatz der *jurisdictio contentiosa* gedacht. Doch vermißt man eine nähere Erörterung oder auch nur Erklärung der Unterschiede richterlichen Einschreitens in diesen beiden Gebieten der Gerichtsbarkeit. Soviel läßt sich jedoch den Quellen entnehmen[1]), daß die *jurisdictio voluntaria* einmal die kraft allgemein verliehener Amtsgewalt eintretende Mitwirkung bei den feierlichen Rechtshandlungen, die in der Solemnitätsform der alten *legis actio* vorzunehmen waren[2]), dann aber weiters eine kraft spezieller Ermächtigung durch besondere Akte der rechtschaffenden Faktoren *(lex, senatus consultum, constitutio principis)* sanktionierte Beihilfe bei gewissen Rechtsgeschäften, beispielsweise bei Insinuationen größerer Schenkungen *(professio apud acta),* bei Testamentserrichtungen, umfaßte.

Neben dieser Unterstützung der im Privatrechtsverkehr auftretenden Staatsbürger sollten die bei Ausübung der Gerichts-

---

[1]) Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, I. Teil, S. 406 ff.; Österley, Versuche aus dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1830, S. 5 ff.; Wolfgang Puchta, Handbuch des gerichtlichen Verfahrens in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1831, I. Teil, S. 39 ff.; Karlowa, Römische Rechtsgeschichte, I., S. 1002.

[2]) Über den Umfang der Mitwirkung herrscht in der Rechtsliteratur ein lebhafter Streit (vgl. aus jüngster Zeit den Aufsatz Wlassaks in der Zeitschr. der Savigny-Stiftung, 25. Bd., S. 106 ff. der rom. Abt.)

Digitized by Google

barkeit beteiligten Staatsorgane durch selbständiges Vorgehen[3]) bei Eröffnung von Testamenten, bei Bestellung und Absetzung von Tutoren, bei der Ausübung der *Tutela minorum* und *cura furiosi et prodigi* Rechtsfürsorge gewähren.

Die gesetzgeberische Tätigkeit Justinians hat zumeist nur die bereits bestehenden Rechtseinrichtungen fortgebildet und ausgedehnt.

Das Zurücktreten der richterlichen Spruchtätigkeit *(judex = jus dicens)* vor autoritativer Rechtsgestaltung kennzeichnet treffend der Quellenausspruch (fr. 4 D. II, 1), daß Akte freiwilliger Gerichtsbarkeit *magis imperii sunt, quam jurisdictionis.*

Als besonderer Zweig der Rechtsfürsorge trat zur Zeit des oben erwähnten Herrschers (Novella 44, 73) die Amtstätigkeit der Tabelliones (Notariat) als eine vollkommen und selbständig organisierte *potestas actorum conficiendorum* auf.[4])

Nachdem die heftigen Stürme der Völkerwanderung sich verzogen hatten und auf den Trümmern des römischen Weltreiches neue, germanische Staaten entstanden waren, wirkten verschiedene Ursachen zusammen, die früher üblichen Rechtseinrichtungen der *jurisdictio voluntaria,* wenn auch mit manchen Abweichungen, durch Gerichtsgebrauch zu bewahren.[5]) Einige der wichtigsten mögen hier Erwähnung finden.

Bei dem Eindringen der germanischen Eroberer wurde zwar die munizipale Gerichtsbarkeit durch die nun eingeführte fränkische Gerichtsverfassung verdrängt, trotzdem blieben in den romanischen Landesteilen gewisse munizipale Einrichtungen fortbestehen. Insbesondere wurde die *curia* als Behörde der freiwilligen Gerichtsbarkeit aufrecht erhalten und führte die *gesta municipalia* betreffs aller ihr zufallenden Akte, so daß damit insbesondere in Gallien und Spanien auch ein Ersatz für das Notariat gegeben war.[6]) Durch Einflußnahme der römischen Kurialverfassung pflanzten sich bis in die karolingische Zeit die bei den Kurien üblichen Formen der Geschäftsführung fort. Die Urkunden, denen die *gesta*

---

[3]) fr. 6 D. XXIX, 3; Zimmern, Geschichte des römischen Privatrechts, I. Bd., II. Abt., S. 877 ff.; Puchta, Kursus der Institutionen, I. Teil, § 92, S. 406; II., § 206, S. 390; Karlowa, römische Rechtsgeschichte, I., S. 571.

[4]) Bethmann-Hollwegg, Handbuch des Zivilprozesses, I. Abt., § 17.

[5]) Ficker, Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens, III. Bd., S. 35.

[6]) Schröder, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 125, 261.

Digitized by Google

nun zur Aufnahme dienen, sind Vergabungen von Todes wegen, kirchliche Stiftungen, Wittumsbestellungen, Erbverträge u. ä.[7])

Die Fortdauer der früher bestandenen Anstalten zur Pflege der Rechtsfürsorge begegnete aber auch einem dringenden Bedürfnisse zu einer Zeit, während deren das Prinzip der Personalität des Rechtes galt, d. h. daß jeder nach dem Rechte seiner Nation, die Kirche und ihre Angehörigen nach römischem Rechte leben.[8])

In jenen bewegten Tagen begünstigte die Entwicklung der freiwilligen Gerichtsbarkeit (insbesondere in Norditalien) auch das erklärliche Bestreben, über eingegangene Rechtsgeschäfte ein möglichst dauerndes Beweismittel, eine Urkunde, zu besitzen.[9])

Die zwischen Angehörigen verschiedener Volksstämme abgeschlossenen Verträge regelten die gegenseitigen Rechtsbeziehungen durch Vereinbarungen, womit die Gegensätze der verschiedenen Volksrechte ausgeglichen und im weiteren Verlaufe allmählich eine Vermischung volkstümlicher und römischrechtlicher Elemente bewirkt wurde.[10]) Denn dem Rechte der überwiegenden Bevölkerung näherten sich auf dem Wege gewohnheitsmäßiger Übung auch solche Bewohner, die noch das Bewußtsein ihres Sonderrechtes hatten, bis schließlich im Rechtsleben eine Ausgleichung herbeigeführt wurde.[11])

Bei so bewandten Umständen mußte somit bei der Urkundenerrichtung aus der Rechtskenntnis und Erfahrung der Gerichte und

---

[7]) Seit die Urkunden, von der Form der römischen *gesta* abweichend, nach fränkischer Sitte als *epistolae paricalae* angefertigt wurden, kam nach Trennung des, beide nebeneinander stehenden, gleichlautenden Originale enthaltenden, Blattes durch einen regellosen Schnitt ein Teilexemplar in die Sammlung der *gesta*, um dort angeheftet und sodann von Gerichts wegen (zumeist in einem Kirchenarchive) aufbewahrt zu werden (vgl. Daniels, System und Geschichte des französischen und rheinischen Zivilprozeßrechtes, I. Bd., S. 206, 208).

[8]) Briegleb, Geschichte des Exekutivprozesses, 1839, S. 13 ff., 17.

[9]) Bedeutsam ist in dieser Beziehung die *traditio per cartam* bei der Übertragung von Grundeigentum, die nach römischer Übung unter dem Einflusse des Klerus bereits in der *lex Ribuar.* tit. 59, 1 anerkannt ist und nach der *lex Aleman. et Bajuvar.* I. 1 auch bei der Schenkung an Kirchen durch Niederlegung der Urkunde auf den Altar des beschenkten Gotteshauses vorkommt; Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, II., S. 69; vgl. auch Schröder, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 278, 280, 169.

[10]) Brunner, Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde, I., S. 113.

[11]) Ficker, a. a. O., III., S. 93.

Digitized by Google

Notare Nutzen gezogen werden. Damit aber wurde die Übung, Rechtsgeschäfte vor Gericht oder unter Beihilfe eines Notars selbst in Fällen, wo das Gesetz Schriftlichkeit nicht als Bedingung seiner Gültigkeit erheischte, immer weiter verpflanzt, insbesondere seit gerichtliche und notarielle Urkunden, wenn sie mit dem *pactum executivum* ausgestattet waren, durch Gerichtsgebrauch und Statutargesetzgebung eines beschleunigten und schneidigen gerichtlichen Verfahrens, des Exekutivprozesses, teilhaftig wurden.[12])

In Italien[13]) hat das römische Recht unter germanischer Herrschaft nicht bloß einen weitreichenden Einfluß behalten, weil es fast überall Einwohner gab, die nach römischem Rechte lebten. Vielmehr wirkte es außerdem in weiteren Kreisen fort in der Form, in der es insbesondere in der *Romagna* bewahrt geblieben war, vorwiegend als ungeschriebenes Gewohnheitsrecht, versetzt mit mannigfachen fremden Bestandteilen. Hier schlossen sich die Formen des Gerichtsverfahrens an die altgewohnten römischen näher an, insbesondere erhielt sich der selbsturteilende Richter und blieben die hergebrachten Formulare der Gerichtsurkunden ohne wesentliche Änderung in Gebrauch. Dieser Prozeß der *Romagna* verdrängte das auf germanischer Grundlage beruhende Verfahren im longobardischen Italien, zumal bald die Entwicklung der Städteautonomie Änderungen des Gerichtswesens herbeiführte. Die Rechtsgewohnheiten der *Romagna* beeinflußten auch die Schriften der gelehrten Juristen, trotzdem sie ursprünglich das Verfahren nach den Quellen des römisch-kanonischen Rechts und erst später auch unter Berücksichtigung des Herkommens darstellen.

Von der *Romagna* aus verbreiteten sich im XII. Jahrhunderte die besonderen Formen der römischen *jurisdictio voluntaria* über ganz Italien. Dort hatte fränkisches Gerichtswesen nur oberflächlich Eingang gefunden und blieben offenbar die hergebrachten

---

[12]) Briegleb, a. a. O., S. 42 und *passim*; Ficker, l. c., III., S. 269 und 374, wo die im I. Bd. S. 46 ausgesprochene Ansicht richtiggestellt wird. Es muß Ficker (III., S. 30) beigestimmt werden, wenn er gegen Briegleb (a. a. O., I., S. 68) hervorhebt, daß Notare als solche nicht das *praeceptum solvendi* erließen, sondern in ihrer Eigenschaft als *judices ordinarii*, da beide Ämter häufig verbunden waren.

[13]) Die nachfolgenden Ausführungen stützen sich auf Fickers zitierten Forschungen, I. Bd., S. IX, X; III. Bd., S. 35, 39, 67, 145, 300; II. Bd., S. 57, 59.

Digitized by Google

römischen Formen vielfach maßgebend. Als Organe bei Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit treten insbesondere die Königsboten *(missi)* und in geringerem Umfange die Königsrichter auf.[14]) Im XII. Jahrhundert wurde infolge der häufigen Verbindung dieser beiden Stellungen und der Verbreitung römischer Rechtsformen von der *Romagna* aus die freiwillige Gerichtsbarkeit in dem Umfange, in welchem sie den Königsboten zustand, als Befugnis des an die Stelle des früheren Königsrichters tretenden *Judex ordinarius* betrachtet.

Seit dem Konstanzer Frieden 1183 waren die Befugnisse der Königsboten auf die Städte übergegangen, deren Konsuln sie ausübten. Schon im XII. Jahrhundert werden in Urkunden im Anschlusse an das römische Recht als Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die den erwähnten öffentlichen Organen zustanden, zusammengefaßt: Die Bestellung von Vormündern und Kuratoren für *furiosi, prodigi, perpetuo morbo laborantes et mente capti,* Entfernung verdächtiger gesetzlicher Vertreter, Zustimmung zur Veräußerung der Güter Minderjähriger, zur Manumission, Emanzipation und Adoption, die *Aperitio testamentorum, Renuntiatio paternae hereditati* u. ä.

Im XIV. Jahrhundert werden diese Befugnisse bei Ernennung zum *judex ordinarius*[15]), von welchem nach Statutarbestimmungen italienischer Städte mehrjährige Fakultätsstudien [und manchmal auch der Besitz der Rechtsbücher gefordert wurde, auf das ausführlichste betont. Bemerkenswert dabei ist, daß in dieser Zeit mit der erwähnten Ernennung stets auch das Notariatsbefugnis verbunden war.

[14]) Über die Ausübung freiwilliger Gerichtsbarkeit in Italien auf Grund besonderer königlicher Ermächtigung vgl. Ficker, a. a. O., I., S. 284; insbesondere durch Königsboten, auch wandernde, II., S. 56; III., S. 424, 431 und Pfalzgrafen, I., S. 319, II., S. 67, sodann Königsrichter, I., S. 320, III., S. 35, 36, 422. Das unter Karl IV. zu voller Ausbildung gelangte Hofpfalzgrafenamt umfaßte laut eines Diploms vom Jahre 1361 als Befugnisse freiwilliger Gerichtsbarkeit: *omnia, quae sunt de jurisdictione voluntaria, exercere, vel etiam contentiosa, dum tamen inter volentes et prorogantes, et quae fiant per modum jurisdictionis voluntariae* (II. Bd., S. 111; IV. Bd., S. 539).

[15]) Ficker, III. Bd., S. 28, 29; insbesondere wird S. 30, Anm. 4, betont, daß schon seit der Mitte des XII. Jahrhunderts der Ausdruck *judex ordinarius* zur Bezeichnung einer zahlreichen Klasse von Personen gebraucht wird, die wesentlich auf Befugnisse freiw. Gerichtsbarkeit beschränkt waren. Der bezügliche Sprachgebrauch scheint auf die *Romagna* zurückzugehen (S. 34).

Digitized by Google

In den deutsch gewordenen Landesteilen des alten Römerreiches wurde von den germanischen Siegern die römische Munizipalverfassung von der Wurzel aus zerstört und gestaltete sich hier die Entwicklung in fast allen Stücken wesentlich abweichend von der eben dargestellten.

Soweit die Verhältnisse im eigentlichen Frankenreiche in Betracht kommen, fiel in der, auch für die römischen Provinzialen frühzeitig an Stelle der römischen Einrichtungen getretenen fränkischen Gerichtsverfassung die Vornahme der Akte freiwilliger Gerichtsbarkeit im Sinne der Solemnisierung bestimmter Rechtshandlungen dem gebotenen Ding unter dem Vorsitze des vom Volk gewählten *Thunginus* des Hundertschaftsgerichtes zu. An dessen Stelle trat noch in den letzten Regierungsjahren Chlodewechs der Graf; seither war das gebotene Ding nicht mehr ausschließlich auf Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, wie vordem, beschränkt.[16]) Die Gerichtsreform Karls des Großen (zwischen 769—775), die wohl „durch einen einheitlichen organisatorischen Akt erfolgte", brachte die Änderung, daß zum gebotenen Ding nur die vom Grafen unter Mitwirkung der Gerichtsgemeinde ernannten Schöffen und die Parteien entboten wurden.[17])

Unter den hier vollzogenen Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit war insbesondere bald von Bedeutung die *adoptio in hereditatem* (*adfatimus* des fränkischen Rechts) seitens solcher Personen, die keine warteberechtigten Erben hatten.[18])

Eine weit wichtigere Bedeutung für das Gebiet freiwilliger Gerichtsbarkeit gewann neben dem ordentlichen, d. i. dem Hundertschaftsgerichte, das Königsgericht als außerordentliches. Denn während dem volksgerichtlichen Verfahren das Gerichtszeugnis fremd blieb und daher die Behauptung gerichtlicher Vorgänge von

---

[16]) Sohm, Fränkische Reichs- und Gerichtsverfassung, 1871, S. 390 ff., 413 ff., 427; Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, II., S. 151.

[17]) Sohm, a. a. O., S. 375, 398; Schröder, a. a. O., S. 172.

[18]) Schröder, a. a. O., S. 338. Freilich vollzog sich im gebotenen Ding nur die Überreichung der *Festuca* seitens des Erblassers an den Salmann mit Bezeichnung des Gedingerben und des zu übertragenden Vermögens, während die sodann eintretende *triduana sessio* des Salmanns im Hause des Erblassers ein außergerichtlicher Vorgang war, an den sich als letztes Glied die Einhändigung der *Festuca* vom Salmann an den Gedingserben binnen Jahresfrist vor dem Königsgericht oder im echten Ding anschloß.

Digitized by Google

der Partei im gewöhnlichen Wege zu beweisen war, kam dem Königsgerichte bereits unter den Merowingern die Befugnis zu, unanfechtbare Gerichtszeugnisse in Form von Gerichtsurkunden *(placitum)* zu erteilen. Durch diese konnten sich die Parteien über ihre Vereinbarungen beweiskräftige Urkunden verschaffen. Dies war bei dem späten Auftreten der Privaturkunden als Beweismittel von um so größerem Vorteile, als in dem fränkischen Reiche kein zünftiges Schreiberwesen bestand und den Notariatsurkunden selbst in Italien als ihrem Mutterlande bis zum XII. Jahrhundert öffentlicher Glauben nicht beigemessen wurde. Hervorragende praktische Bedeutung hatte das Königsgericht für die Übereignung unbeweglichen Guts, denn die hiefür nach Amtsrecht geltende Form war die Auflassung im Scheinprozesse und Zustellung eines Königsbriefes, also in ähnlicher Anwendung der Form des Streitverfahrens für einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit, wie bei der römisch-rechtlichen *in jure cessio.*[19])

Mit der Unbeschränktheit der Kompetenz des Königsgerichtes hängt es zusammen, daß alle Akte freiwilliger Gerichtsbarkeit vor ihm vorgenommen werden konnten. Wo der König Hof hielt, wurden „ihm die ordentlichen Gerichte ledig" (Sachsenspiegel, I, 58, § 2) und trat das Hofgericht an ihre Stelle. Akte freiwilliger Gerichtsbarkeit werden vor ihm nicht selten vorgenommen, insbesondere um sie durch das bestätigende Hofgerichtsurteil unanfechtbar zu machen.[20])

Zu Anfang des XIII. Jahrhunderts erlitt die alte Gerichtsverfassung eine tief eingreifende Veränderung, indem die Scheidung der Gerichte nach Sachen, wie sie in der karolingischen Gerichtsorganisation zur Geltung gekommen war, einer Scheidung nach Personen weichen mußte. Jedoch blieb trotz dieser einschneidenden Änderung die bei den Hundertschaftsgerichten geltende Übung insoweit aufrecht, daß bei den zur Ausübung der niederen Gerichtsbarkeit berufenen nunmehrigen Dorfgerichten sich die gebotenen Dinge häufig auf Akte der freiwilligen Gerichsbarkeit

---

[19]) Brunner, Gerichtszeugnis, 1873, S. 140 ff., 154—166, 169 ff., 157 ff.; derselbe, Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde, S. 275, 286 ff.; Bresslau, Urkundenlehre, I. Bd., S. 460 ff.; Schröder, l. c., S. 261, 283, 384.

[20]) Ssp., I., 34, § 8; Franklin, Reichshofgericht des Mittelalters, II., 37 ff.; Schröder, l. c., S. 177, 548.

Digitized by Google

beschränken, zu denen auch Auflassungen von Grundstücken gerechnet wurden.[21])

Ein mächtiger Hebel für die Ausbildung der freiwilligen Gerichtsbarkeit war die Unscheltbarkeit des Gerichtszeugnisses, die seit Einführung der Stadtbücher, Landtafeln und Gerichtsbücher eine immer größere praktische Bedeutung fand.[22]) Vor dem Stadtgericht oder einem Ausschusse des Schöffenkollegs wurden die Rechtsgeschäfte vorgenommen und sodann eingetragen. Ursprünglich diente die Eintragung nur zur Unterstützung des Gedächtnisses der Amtspersonen, die allenfalls über den vorgenommenen Akt selbst nachmals Zeugnis ablegen sollten. Seit dem XIII. Jahrhunderte handelte es sich lediglich um die Bezeugung geschehener Eintragung durch sie, bis endlich das persönliche Zeugnis ganz entfiel und der Eintrag an sich volle Beweiskraft gewann. Ein weiterer Schritt der Entwicklung, der bei der böhmischen Landtafel früh (Mitte des XIV. Jahrhunderts), in der Entwicklung der Stadtbücher im XV. Jahrhundert erfolgte, war es, daß der Eintrag nicht mehr bloßes Beweismittel blieb, sondern als Perfektionsakt selbständige rechtliche Bedeutung gewann.[23])

---

[21]) Schröder, l. c., S. 601, 604, 606.

[22]) Schröder, l. c., S. 771, 703.

[23]) Brunner, Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde, S. 307; betreffs der Landtafel: Czyhlarz in Grünhuts Zeitschr., X. Bd., S. 272 ff., 283. Eine unter der Bezeichnung: *Praxis cancellariae* im zweiten Drittel des XV. Jahrhunderts von einem Prager Stadtschreiber verfaßte Anleitung zur Führung der Stadtbücher (in älterer kürzerer Fassung 1433 MS. der Prager Universitätsbibliothek, I., F. 16, in jüngerer erweiterter Fassung 1451 MS. des Prager Domkapitels, K. 34) erwähnt, daß nicht nur in den königlichen Städten, sondern auch: *in civitatibus et oppidis dominorum, archiepiscopi, abbatum, abbatissarum, praepositorum et religiosorum* Bücher, wenn auch in geringerer Anzahl als in den *civitates regiae* geführt wurden, wodurch das Bestehen von Eintragungen über Untertansgründe in Böhmen seit altersher erhärtet erscheint. Interessant ist es, in dieser Schrift die im Laufe weniger Jahrzehnte eingetretene Änderung in der Auffassung der rechtlichen Bedeutung des Bucheintrags zu verfolgen. Während der Verfasser der erwähnten Anleitung für Stadtschreiber selbst 1433 das Wesen des Eintrags in dessen selbständiger, dem Zeugnisse des Schöffenkollegs gleichwertiger Beweiskraft erblickt, anerkennt ein Oberhofurteil der Altstadt Prag 1451 bereits den rechtsbegründenden Charakter der Eintragung. Der Verfasser lehrt nämlich im Abschnitte über den *liber memorialis* oder über das sogenannte *autenticum, in quo negotiorum coram consulibus tractatorum acta ad perpetuam rei memoriam conscribuntur,* wie folgt: *autenticum*

Digitized by Google

Die Behandlung des Urkundenbeweises im deutschen Rechte bewirkte die Einbürgerung der Notariatsurkunde.

Die Geschäftsurkunde *(carta)*, ausgestellt mit Fertigung oder Handfestung *(manu firmare)* in subjektiver Form, nicht als bloße Beweis- sondern zugleich als Dispositivurkunde, erheischte unbedingt Zuziehung hiezu erbetener Zeugen und Übergabe vom Aussteller an den Geschäftsgenossen. Bestreitung nach Form oder Inhalt seitens des Gegners nötigte zum Beweise über die Rechtshandlung durch eidliches Zeugnis der beigezogenen Urkundszeugen.[24]) In Italien erhielt sich die *carta* bis zum XII. Jahrhundert, um dann der *notitia* zu weichen, d. h. einer formlosen, der Vollziehung des Ausstellers nicht bedürfenden Niederschrift über den rechtsbedeutsamen Vorgang in referierender Weise.

Bis zum XII. Jahrhundert war in allen Teilen Deutschlands das Urkundenwesen, soweit Privaturkunden in Frage kommen, in argen Verfall geraten. Die Urkundenschelte raubte ihnen alle Bedeutung, die *carta* wurde immer formloser, räumte immer mehr ihren Platz der *notitia*, die zu einem aller Beglaubigung und jeder Beweiskraft ermangelnden Schriftstück herabsank, das lediglich die Erinnerung an den betreffenden Vorgang als Anlaß der Niederschrift und an die zugezogenen Zeugen zu bewahren bestimmt war. So wirkten denn verschiedene Umstände zusammen[25]): die Schwierigkeit der Beschaffung einer öffentlichen und somit unanfechtbaren Urkunde, die Wertlosigkeit der Privaturkunde als Beweismittel, der ursprüngliche Mangel des Gerichtszeugnisses, daß die Notariatsurkunde einem lebhaft empfundenen Bedürfnisse begegnete, seit sie von der kirchlichen Gesetzgebung in der zweiten Hälfte des XII. Jahrhunderts mit voller Beweiskraft ausgestattet wurde. Vorerst freilich betätigt sie sich vor kirchlichen, erst später auch in weltlichen Gerichten.

Je mehr aber das Gerichtszeugnis im Laufe der Zeit an Gewicht gewann, verlor die Notariatsurkunde in Deutschland an Boden.

---

eandem habet virtutem, quantam et plenum consilium (vgl. auch Krasnopolski, Grünhuts Zeitschrift, XI., S. 541); das obige reformatorische Urteil des Prager Oberhofs erklärt aber wörtlich: *Ex quo sacerdoti cum orphanis domus in libris judicialibus intabulata continetur, tunc idem sacerdos et orphani debent eandem domum ab omni impedimento pacifice possidere.*

[24]) Schröder, l. c., S. 261, 361, 699.

[25]) Bresslau, I., S. 545 ff.; Schröder, S. 700.

Digitized by Google

Abgeschwächt wurde ihre Herrschaft durch die seit dem XIII. Jahrhundert immer mehr aufkommende Übung, fremde Privaturkunden durch Bischöfe und ihre Organe, später durch weltliche Fürsten, Stadtbehörden und Gerichte mit deren Siegel beglaubigen zu lassen. Die in den Urkunden benannten Zeugen wurden nicht mehr vernommen, da Brief und Siegel allein den Beweis lieferten, weshalb es hieß: Briefe sind besser als Zeugen!

Digitized by Google

III. Einfluß der Kirche und des kanonischen Rechts.

Einen bedeutenden Einfluß gewann im Mittelalter auch die Kirche auf den Ausbau der Gerichtsbarkeit in nichtstreitigen Rechtssachen. Die auf dem römischen Rechte beruhende und nach dem Zerfalle des römischen Reiches von den germanischen Eroberern unangetastete Übung, Rechtsgeschäfte in Urkundsform vor einem Richter oder Notar zu errichten, fand bei den kirchlichen Gerichten des frühen Mittelalters bereitwilligste Aufnahme und Förderung, zumal bei ihnen stets eine Anzahl von Schrift- und Rechtskundigen anzutreffen war. Die der kirchlichen Gerichtsverfassung eigentümliche Einrichtung des *judex commissarius* (c. 8 X 2, 20) im Verein mit der, gewandte Gerichtsschreiber voraussetzenden, Schriftlichkeit des Verfahrens (c. 11 X 2, 19 vom Jahre 1215) bot hiefür die entsprechenden Voraussetzungen. Die Aufnahme von Rechtsgeschäften in notarieller Urkundsform verbreitete sich ungemein, seitdem Alexander III. (c. 2 X 2, 22) allen vor einem Richter oder Notar errichteten Rechtsurkunden volle Beweiskraft zuerkannte und seit mit der Bestimmung des c. 15 X h. t. die Streitfrage bejahende Lösung fand, ob auch nach dem Tode des Notars aus dessen Aufzeichnungen (Imbreviatur) Ausfertigungen erteilt werden können. Unter so überaus günstigen Verhältnissen schlug das Notariat immer tiefere Wurzeln und lockte zahlreiche Kleriker an[1]), weshalb der große Papst Innozenz III. († 1216) den Klerikern höherer Weihen geradezu verbieten mußte, sich diesem Berufe zu widmen (c. 8 X 3, 4). Trotzdem wurde die Ansicht, ein Laie dürfe nicht in kirchlichen Angelegenheiten als Notar fungieren, festgehalten; dies erhärtet eine Mitteilung (in *Hostiensis: Summa*

[1]) Die zahlreiche Verbreitung des Notariats erhärtet auch die Vorschrift über die Wahl der Schriftführer bei Zeugeneinvernahmen in Prozessen gegen Häretiker, c. 11, VI., 5, 2.

Digitized by Google

in Decretales tit. de electionibus I. 6 § qualiter), der zufolge die Wahl des rühmlich bekannten Glossators Placentin zum Bischofe eben aus dem Grunde für ungültig erklärt wurde, weil ein Laie als Notar das Wahlprotokoll geführt hatte. Das den Zutritt zum Notariate einschränkende kirchliche Verbot wirkte auf dessen Verbreitung und auf die Errichtung notarieller Urkunden nicht nachteilig ein, selbst in Ländern jenseits der Alpen, z. B. in Böhmen und Mähren. Überaus zahlreiche Belege für die Aufnahme von Rechtsgeschäften vor dem kirchlichen Gerichte oder einem Notar bieten die *Acta judiciaria consistorii Pragensis (säc. XIV. ed. Tadra)*. Auch bloße Beglaubigungen von Privaturkunden durch Beifügung des Siegels bischöflicher Offiziale und selbst der Dekane kommen immer mehr in Schwung, um ihnen eine besondere Beweiskraft zu sichern, so inbesondere in Straßburg und Friesland.[2])

Die besondere Pflege und Schätzung des Urkundenbeweises seitens der Kirche erhärtet ferner schlagend die Zulassung der *exemplificatio* oder Urkundenerneuerung (c. 16 X 2, 22) in einer, im wesentlichen noch im heutigen Rechte (§ 317 ZPO.) festgehaltenen Art und Weise, aber auch die Sorge für die Festhaltung der Erinnerung an die für den Rechtsverkehr bedeutsamsten Ereignisse innerhalb der Familie (Geburt, Ehe, Tod) durch amtliche Aufzeichnungen[3]), außerdem endlich die Anlage von Urbarien über den Grundbesitz kirchlicher Institute. Taufbücher bestanden nach dem Zeugnisse der Kirchenväter jedenfalls erst in der Zeit nach dem Erlöschen der Christenverfolgungen und werden schon im IV. Konzil zu Karthago c. 85 (c. 60 D, I *de consecr.*) und im *Ordo romanus* Gregors I. erwähnt. Eheregister werden als *tabulae nuptiales* frühzeitig und allgemein über die von der Kirche eingesegneten Ehen angelegt, wahrscheinlich unter dem Einflusse der Bestimmungen der Nov. 74 c. 4, § 1 (Nov. 117 c. 4), die hiemit den Beweis der Ehe und Kinderehelichkeit sichern wollten. Gleichzeitig mit der Festsetzung des Eheabschlusses vor dem zuständigen Pfarrer der Brautleute als Bedingung gültiger Ehen hat

[2]) Über die Verbreitung des Notariats und die Benützung notarieller Urkunden in den oben genannten Ländern vgl. meine Rezeptionsgeschichte des römisch-kanonischen Prozesses in den böhmischen Ländern, S. 82 ff.; über die Beglaubigung von Urkunden durch bischöfliche Offiziale vgl. die von Schröder, l. c., S. 701 beigebrachten Daten.

[3]) Ühlein im Archiv für zivilistische Praxis, XV. Bd S. 26 ff.

Digitized by Google

das Trienter Konzil die Ehe- und Taufmatriken allgemein eingeführt (Sess. XXIV de reform. matr. c. 1 und 2). In der böhmischen Kirchenprovinz verfügt das Provinzialkonzil vom 28/30 IX. 1605 die strengste Beobachtung dieser Anordnung. Totenregister wurden ursprünglich geführt, um der verstorbenen Genossen der Kirchengemeinde im Gebete *(oratio pro defunctis in missa)* gedenken zu können. Partikularsynoden aus späterer Zeit gebieten die ständige Führung von Verzeichnissen über alle Todesfälle innerhalb des Pfarrgebiets. Die volle Beweiskraft aller dieser Aufzeichnungen über den Personenstand gewann mit der kirchlichen Gerichtsbarkeit in Ehe- und Erbschaftssachen und in den damit zusammenhängenden Vorfragen, insbesondere der Kinderehelichkeit (c. 3 X 2, 10; c. 5 X 4, 17) ihre sachentsprechende Anerkennung.

Von nicht zu unterschätzender Bedeutung für die Entwicklung eines gesicherten Rechtsverkehrs mit Immobilien waren die Urbarien (Polyptycha), d. h. Verzeichnisse der Güter und Gerechtsamen (Zehntrechte) kirchlicher Benefizien und Klöster, in welchen bald auch der Grundbesitz der Gutsuntertanen mit Angabe ihrer Verpflichtungen (Giebigkeiten und persönlichen Dienste), später auch die Urkunden über Besitzveränderungen, neben bloßer Ersichtlichmachung der letzteren, Aufnahme fanden. Diese, eine Abart der *Notitiae* bildenden Eintragungen sind wahrscheinlich in c. 13 X 2, 26 unter dem Namen der *libri censuales* erwähnt. Zuerst unter den Karolingern[4]) in fränkischen Klöstern angewendet fand diese, ursprünglich nur Wirtschaftszwecken dienende Einrichtung bald rechtliche Bedeutung und rasch Verbreitung.[5]) In manchen Ländern bildet sie die Grundlage der bäuerlichen Grundbücher, zumal die weltlichen Grundherrschaften eine beim kirchlichen Grundbesitze wohl bewährte Einführung einfach herübernahmen; Beweis dessen bietet ein Vergleich der Anordnung der in Böhmen entstandenen Klöster-Urbarien aus dem XIV. Jahrhunderte[6]) mit den von den

[4]) Boretius, *Capitularia* I, 136 c. 4; 177 c. 5—7; 250 ff.

[5]) Empfehlenswert erschien diese Einrichtung insbesondere bei Vermehrung der zehentpflichtigen Grundstücke durch Neubrüche *(novale)*, worunter nach der authentischen Interpretation Innozenz III. ein *ager, de novo ad cultum redactus, de quo non exstat memoria, quod aliquando cultus fuisset* (c. 21 X 5, 40) zu verstehen ist.

[6]) *Decem registra censuum bohemica edid. Dr. Emler, Pragae,* 1881. Über Urbarien böhmischer Klöster vgl. Tomek, *Archeol. památky,* 1856, S. 73; und über Urbarien des Prager Erzbistums, dessen Geschichte Prags (böhmisch), III. Teil,

Digitized by Google

Grundherrschaften geführten Registern der Untertansgründe, über deren Einrichtung unter dem Titel: „Der Landwirt" (Hospodář, 1547) verbreitete Anleitungen, betreffend die Bewirtschaftung von Domänen und die Pflichten der einzelnen hiebei tätigen Organe (aus der Mitte des XVI. Jahrhunderts) genaue Auskunft geben. Die Entwicklung der Landtafel aber beeinflußten die Urbarien keineswegs.[7])

Nichts kann die Entstehung der bäuerlichen Grundbücher in Böhmen aus den Urbarien überzeugender dartun, als der Umstand, daß die Instruktion vom 30. Juni 1653 verfügen konnte, die obrigkeitlichen Urbarien seien bei Anlegung der Steuerrolle zur Grundlage zu nehmen.[8])

Im Gegensatze zu der bloßen Aufnahme und Fortbildung einzelner im weltlichen Rechte vorgefundener Rechtseinrichtungen treten aber auch neue Erscheinungen vorbeugender Rechtsfürsorge auf den Plan, bedingt durch die besonderen Verhältnisse des kirchlichen Lebens und im Dienste der Kirche.

Abgesehen von den eingehenden Anordnungen über die materiellen Voraussetzungen und formellen Bedingungen der Veräußerung von Kirchengut *(tit. de rebus ecclesiae non alienandis* X 3, 13; VI. 3, 9; *Clem.* 3, 4), welche für die gerichtliche Genehmigung und Bekräftigung der Veräußerungsgeschäfte von Mündelgut vorbildlich wurden, hat die Kirche für die Entwicklung des Verfahrens in Vormundschaftssachen im Sinne der christlichen Charitas erfolgreich gewirkt.

Die im Geiste alttestamentarischer Gebote (Moses, II. Buch, 22, 21—24; Psalm 82, 3) bereits in Beschlüssen fränkischer Partikularsynoden (Maçon II, 582, c. 11; Mainz 813, c. 8 und c. 14) frühzeitig zu Tage tretende Sorge für die Waisen und für deren Schutz gegen Bedrückung führte dazu, daß die Kirche auf zweck-

S. 38, Note 40, S. 39 ff. Die Bedeutung der Urbarien für die Entwicklung der öffentlichen Bücher in Böhmen betreffs der Rustikalgründe würdigten v. Maasburg, Die Entwicklung der öffentlichen Bücher in Böhmen, 1877, S. 67 ff.; Randa, Eigentumsrecht, II. Aufl., S. 448 und Krasnopolski in Grünhuts Zeitschr., XI. Bd., S. 551 ff.

[7]) Es wurden im Gegenteile unter dem ersten Erzbischofe, Ernst von Pardubic, die sog. *libri errectionum* über kirchliche Stiftungen offenbar nach dem Muster der Landtafel eingerichtet und mit der ihr zukommenden Beweiskraft geführt. (Borový: *libri errectionum*, I. Teil (1358—1376), in der Vorrede, S. III.)

[8]) v. Maasburg, Die Entwicklung des Instituts der öffentlichen Bücher in Böhmen (1877), S. 67.

Digitized by Google

entsprechende Betätigung des königlichen *mundium (capitulare* II. 805, c. 24) gegenüber pflichtvergessenen Familienmitgliedern als den „geborenen" Vormündern drang, aber auch auf die gewissenhafte Pflichterfüllung[9]) dieser selbst Einfluß nahm. Ersteres geschah von Seiten der Mainzer Erzbischöfe durch eindringliche Ansprachen bei Kaiserkrönungen (Ottos I. und Konrads II.), letzteres mittels Belehrungen im Beichtstuhle unter Benützung der *Summae confessorum,* eines Zweiges der populären Rechtsliteratur, der zur Verbreitung der Rechtskenntnis im Volke durch Vermittlung der Seelsorger im Mittelalter namhaftes leistete.[10]) In einer Periode der Erlahmung des Interesses der Blutsverwandten an dem Schicksale schutzbedürftiger Mitglieder der Familie und der Lockerung dieses natürlichsten der menschlichen Verbände und zu einer Zeit, wo sich die große Veränderung vorbereitete, daß neben die „geborenen" Vormünder auch vom Vater gekorene und vom Gerichte berufene traten und diese alle gerichtlicher Oberaufsicht unterworfen wurden, fand die Kirche durch die erwähnte indirekte Einwirkung ein Feld dankenswerter Tätigkeit. Weit ersprießlicher war aber das unmittelbare Eingreifen kirchlicher Institute bezüglich der Waisenpflege nach Gutsuntertanen, die sich in der Überlassung des Genusses der untertänigen Gründe an die Witwe oder dritte Personen bis zur Großjährigkeit der Waisen gegen Übernahme ihrer Verpflegung und Erziehung (*ipsos orphanos nutrire et conservare)* und seinerzeitige Rückstellung des der Wirtschaftsperiode entsprechend angebauten Guts samt dem genau verzeichneten, von Dorfschöffen geschätzten *fundus instructus* oder Zahlung eines im voraus bestimmten Geldbetrages äußerte. (Urbar des Klosters Ostrov 1388 ed. Emler, S. 76, 78, 80.) Bei Geltendmachung dieser Rückstellungspflicht des Übernehmers war der Rechtsweg

[9]) Mein Aufsatz, Kirchliche Gerichtsbarkeit im Österreichischen Staatswörterbuch (Separatabdruck, S. 42); Kraut, die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts, I. Bd., S. 80, 85; Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, II., S. 483 ff.; Rive, Geschichte der deutschen Vormundschaft, II. Bd., S. 5, 69.

[10]) Stintzing, Geschichte der populären Literatur des römisch-canonischen Rechts, S. 492 ff., 525; desselben Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, S. 15 ff. Bemerkenswert ist, daß die große *Summa confessorum* des Johannes Friburgensis, welche zwischen 1277—1298 entstand, nicht gar lange nachher von dem Dominikaner Berthold deutsch bearbeitet wurde. Schulte, Quellen und Literatur des kanonischen Rechts, II. Bd., S. 423.

Digitized by Google

ausgeschlossen (*„sine quovis strepitu et figura judicii"*). Auch in dieser Richtung ist der Einfluß unverkennbar, den die Fürsorge für Waisen nach Klosteruntertanen auf die Entwicklung der Vormundschaftspflege auf Laiengütern ausübte. In dem oben erwähnten Ökonomus (1547) und in einzelnen böhmischen Bauernordnungen (1550, 1588)[11]) werden genaue Anweisungen über Sperre und Inventur von bäuerlichen Verlassenschaften im Interesse der verwaisten Erben, über Deposition von Waisenkapitalien zu Handen der Obrigkeit, über Obsorge für entsprechende Berufswahl der Mündel und ähnliches gegeben. Auch finden sich Anordnungen über die Führung eines besonderen Waisenregisters, das fast alle in unserem modernen Waisenbuche[12]) wiederkehrende Angaben aufwies.

Keime der Verlassenschaftsabhandlung zeigen sich in dem weit reichenden Eingreifen der *testamenti executores*, denen die Sorge für die von der Kirche hochgehaltene Erfüllung letztwilliger Verfügungen oblag und in der Inventur des Nachlasses von Klerikern.

Unter den Auspizien der Kirche wurden im Gegensatze zu den vertragsmäßigen, im Wege gerichtlicher Vergabung vollzogenen und von der Zustimmung der natürlichen Erben abhängigen „Geschäften" des deutschen Rechts einseitige Verfügungen von Laien ohne Erbengenehmigung zum Heile der Seele (Seelgeräte) unter bloßer Beurkundung vor Zeugen[13]) zugelassen, später Testamente, insbesondere unter Geistlichen, sei es in mündlicher Form

[11]) Abgedruckt in der Zeitschrift des böhmischen Museums (böhmisch), 1835, S. 269; 1843, S. 426. In dem während der Drucklegung dieser Schrift erschienenen XXII. Bande des *Archiv český* (1905), S. 146, erörtert Kalousek die Verwandtschaft der von Johann Dobřenský von Dobřenic zusammengestellten Instruktion über Wirtschaftsführung auf Herrengütern und die Behandlung der Untertanen (um 1550) mit den in späterer Zeit erlassenen Instruktionen für die Hauptleute auf den böhmischen Kammergütern, und regt gewichtige Zweifel darüber an, ob der ersteren Anweisung die Priorität zuzusprechen ist. Die vorstehend erwähnten Untertansordnungen sind nunmehr abgedruckt in dem zitierten Bande des *Archiv český*, S. 147 ff., 299 ff.; außerdem finden sich dort zahlreiche andere Instruktionen ähnlichen Charakters, die wertvolles Material in Sachen der Rechtsfürsorge für Untertanswaisen enthalten.

[12]) Hierüber sind die erwähnten Bauernordnungen und die Schrift des Brtvin von Ploskowic Hospodář (*editio 1587*), S. 91 ff. zu vergleichen. Die wichtigsten Abschnitte findet man nun im *Archiv český*, XXII., S. 112 ff.

[13]) Schröder, l. c., S. 754; Heusler, l. c., II., S. 648, 652 ff.

Digitized by Google

vor Zeugen, sei es zu Protokoll vor dem bischöflichen Offizial, bald auch durch Privaturkunde.

Aus dem schon von Ulpian betonten Gesichtspunkte des allgemeinen Interesses (*publice interest, suprema hominum judicia exitum habere* fr. 5 D. XXIX, 3) bekümmerte sich die Kirche um die Vollziehung der letzten Wünsche Sterbender. Der Ortsbischof hatte die Erfüllung der dem Erben vom Erblasser gemachten Auflagen zu überwachen und erforderlichen Falles durch Zensuren zu erzwingen (c. 6 X 3, 26), insbesondere aber die Testamentsexekutoren zur Einhaltung ihrer Pflichten zu verhalten (c. 17, 19 X h. t.), was in Böhmen bereits unter dem Prager Bischofe Tobias (zwischen 1279—90) praktisch betätigt[14]) und auf der ersten böhmischen Provinzialsynode 1349 neuerlich allgemein eingeschärft wurde. Zu gleicher Zeit weist das Brünner Schöffenbuch (c. 651, 653) die Testamentsvollzieher an, ohne erst eine richterliche Einweisung abzuwarten, die Seelgeräte auszuführen, die Gläubiger zu befriedigen und den Nachlaß dem Willen des Erblassers gemäß zu verteilen, ja sogar (c. 646) im Sinne der in c. 13 X 3, 26 anerkannten Befugnis nach ihrem freien Ermessen mit der Verlassenschaft zu verfügen. Entsprechend der Anordnung des c. 2, § 1 in VI. 3, 11 soll bei Berufung mehrerer Vollzieher des letzten Willens auch der einzige Überlebende volle Verfügungsmacht besitzen (c. 641).

Zur Wahrung des von den Archidiakonen, Bischöfen und Päpsten in Anspruch genommenen[15]) *jus exuviarum* nach Besitzern von Benefizien diente die genaue Verzeichnung des Nachlasses (Inventur). Mit der Entwicklung der Testierungsfreiheit der Geistlichen und der landesgesetzlichen Regelung des Intestaterbrechts nach Klerikern[16]) (in Böhmen seit dem Landtagsschlusse vom Jahre 1552 durch Dreiteilung des Nachlasses [Böhm. Landtagsbeschlüsse,

---

[14]) Formelbuch des Bischofs Tobias, Nr. 123; vgl. auch die *Summa Gerardi edid. Tadra* Nr. 98, 99.

[15]) Die jüngsten interessanten Mitteilungen hierüber sind in Hillings Aufsatz über bischöfliche Banngewalt beigebracht (Archiv für katholisches Kirchenrecht, Bd. 81, S. 99 ff.). Bemerkenswert ist die dort erwähnte Entscheidung Papst Honorius' III. (1218), welcher das *jus exuviarum* direkt als *prava consuetudo* erklärt.

[16]) Dr. H. Singer, Historische Studien über Erbfolge nach katholischen Weltgeistlichen in Österreich-Ungarn, S. 29 ff.

Digitized by Google

II. Band, Nr. 226, S. 635], wie im wesentlichen noch im heutigen Rechte) entwickelte sich in Böhmen und in den österreichischen Erzherzogtümern schrittweise die Einflußnahme der Landdekane auf die Abwicklung des Abhandlungsgeschäftes durch Sperre, Übernahme des Testaments behufs bischöflicher Konfirmation, Bezahlung der Verlassenschaftsschulden nebst Bauersätzen und Verteilung der Erbschaft. Mit dem königlichen Mandate 1558 wurde den Ständen Schlesiens die Behinderung kirchlicher Gerichtsbarkeit in diesen Angelegenheiten geradezu verboten[17]), wobei es in den genannten Ländern für lange Zeit blieb. Bekanntlich hat erst Kaiser Josef II. mit Hofdekret vom 28. Juli 1783, Z. 165 JGS. die kirchliche Gerichtsbarkeit in allen nichtstreitigen Rechtssachen, soweit eine solche von bischöflichen und Universitätsgerichten bis dahin ausgeübt wurde, aufgehoben.

Mit dem Erstarken der eigenen Gerichtsbarkeit in den Städten wurde das Eingreifen kirchlicher Organe in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit unangenehm empfunden und möglichst einzuengen getrachtet. Bei dem Aufkommen der Stadtbücher seit dem zweiten Viertel des XII. Jahrhunderts in Norddeutschland mußte es auffallen, daß „dort, wo die freiwillige Gerichtsbarkeit in den Händen der Geistlichkeit lag, wie u. a. in Straßburg, Stadtbücher fehlten“ (Schröder, „Deutsche Rechtsgeschichte“, S. 703). So kann es denn nicht Wunder nehmen, daß in der klassischen Zeit des Mittelalters, als der Akt der Übertragung des Immobilareigentums vor dem städtischen Gerichte vorgenommen und von diesem bestätigt werden mußte, direkt Stellung genommen wurde gegen die Betätigung kirchlicher Gerichtsbarkeit in dieser Richtung. Erklären doch die Magdeburger Fragen (I, 15, d. 7) ganz entschieden, daß vor geistlichem Gericht nicht mit Wirkung geschehen kann, was vor das weltliche Gericht gehört, insbesondere die Auflassung von Eigen, wie solches in Straßburg üblich war.[18])

Den sprechendsten Beleg für den weiten Umfang kirchlicher Gerichtsbarkeit in außerstrittigen Rechtssachen bietet aber der

---

[17]) Archiv für österr. Geschichte, 36. Bd., S. 251, betreffs Böhmens; die Mandate Ferdinands I. 1544, 1562 bei Graf Chorinsky: Notariat und Verlaßabhandlung, S. 24, betreffs der österreichischen Erzherzogtümer; Gindely, *Monum. hist. bohem.* V., 2. Teil, S. 277, betreffs Schlesien.

[18]) Schröder, l. c., S. 583, 701, Note 9, 703.

Digitized by Google

Umstand, daß in den größeren Diözesen Deutschlands, Englands und Frankreichs[19]) (aber auch in Böhmen[20])) ein vom Bischof bestellter Generalvikar die freiwillige Gerichtsbarkeit neben Verwaltungsgeschäften besorgte, während die streitige und Kriminalgerichtsbarkeit einem bischöflichen Offizial überwiesen wurde.

---

[19]) Sägmüller, Lehrbuch des katholischen Kirchenrechts, 1904, S. 369.

[20]) Meine Rezeptionsgeschichte des römisch-kanonischen Prozesses in den böhmischen Ländern, S. 86.

Digitized by Google

IV. Bedeutungslosigkeit der mittelalterlichen römisch-kanonistischen Doktrin.

Trotzdem das Rechtsleben selbst in dem ganzen Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit schaffend und rechtsbildend wirkte, gebrach es der mittelalterlichen Rechtslehre an selbständigen Bearbeitungen der *jurisdictio voluntaria*, im vollsten Gegensatze zum Prozeßrecht, das sich Zeuge einer großen Reihe von *ordines judiciarii* reger und erfolgreicher Pflege erfreute. Die Glosse ad fr. 2 D. I, 16 — der einzigen Stelle in den römischen Rechtsquellen, wo der Scheidung der *jurisdictio* in eine *voluntaria* und *contentiosa* Erwähnung geschieht — weiß über den Unterschied beider Zweige der Gerichtsbarkeit nichts mehr zu berichten, als daß: *contentiosa dicitur, quae redditur in invitum, voluntaria vero dicitur, quae inter volentes tantum.* Auch der hochberühmte Gründer der Glossatorenschule, Irnerius, bemerkt in seiner umfassenden *Summa Codicis* (ed. Fitting, III, 5, § 3), ähnlich wie der unbekannte Verfasser eines unter dem Namen „Brachylogus" verbreiteten, im zweiten Viertel des XII. Jahrhunderts in Mittelfrankreich entstandenen Handbuches (ed. Böcking, IV., 7, § 3) über den gegedachten Unterschied nur das, was die Glosse zu berichten wußte, mit der weiteren Erwähnung, daß Akte freiwilliger Gerichtsbarkeit auch an Ferialtagen durchgeführt werden dürfen. Gleichwohl muß man dafür dankbar sein, daß mit dem in beiden genannten Werken gemachten Hinweise auf fr. 2, D., II., 12, einigermaßen beleuchtet wird, was die damalige Praxis unter der Gesamtbezeichnung: *jurisdictio voluntaria* zu umfassen pflegte.[1])

---

[1]) *Utputa, ut tutores aut curatores dentur, ut officii admoneantur cessantes excusationes allegentur, alimenta constituantur, aetates probentur, ventris nomine in possessionem mittatur vel rei servandae causa vel legatorum fideive commissorum, vel damni infecti; item de testamentis exhibendis; ut curator detur bonorum*

Digitized by Google

Der wissenschaftliche Geist, der einen der scharfsinnigsten Rechtslehrer zu Bologna und Montpellier, Placentinus († 1192) beseelte, äußert sich in einem Ausspruche, den er in der wertvollen *Summa Codicis* niederlegte, einem Werke, das seines Umfangs und der geistvollen Bearbeitung des Stoffes wegen gleich bedeutsam ist. Placentin anerkennt nämlich zutreffenderweise (lib. III, tit. 21, pag. 102), daß: *Sane inter jurisdictionem contentiosam et voluntariam multum distinguitur;* leider unterließ er es, seine richtige allgemeine Behauptung des näheren auszuführen. Und doch wäre er in erster Reihe dazu berufen gewesen, als der weitblickende Rechtskenner, welcher die römischrechtliche *Actio* in das zur Verfolgung gerüstete subjektive Recht umdeutete.[2]) Bei diesem Stande der Vorarbeiten kann es nicht Wunder nehmen, daß auch der um die Verbreitung der Kenntnis des römischen Rechts im Mittelalter hochverdiente Azo in seiner *Summa Codicis (Basiliae,* pag. 176) nur die wenig besagende, schiefe Deutung der *Glossa* über den Unterschied der *jurisdictio* in ihren beiden Zweigen wiedergibt. Wird erwogen, welches große Gewicht Azos Autorität in den Gerichtssälen seiner Zeit und später in der Periode der Rezeption des römischen Rechts genoß, wie es das Sprichwort: *„Chi non ha Azzo, non vada a palazzo“* klar bezeugt, so ist es erklärlich, daß sein Schweigen in dem hier interessierenden Punkte für die spätere Entwicklung verhängnisvoll geworden ist.

Daß die freiwillige Gerichtsbarkeit von der römischen Rechtslehre keine Förderung gewonnen hatte, wäre leichter zu verschmerzen gewesen, wenn die kanonistische Doktrin, die das Gebiet des formellen Rechts mit Vorliebe und reichem Erfolge bebaute, der *jurisdictio voluntaria* ihre Pflege zugewendet hätte.

Leider wurde aber selbst in dem umfassendsten Werke des Mittelalters über gerichtliches Verfahren, dem als „goldenen“ bezeichneten *Speculum judiciale* des Wilhelm Durantis aus dem letzten Viertel des XIII. Jahrhunderts, nicht einmal ein besonderer Abschnitt der freiw. Gerichtsbarkeit gewidmet, vielmehr finden sich

---

ejus, qui an heres exstaturus sit, incertum est; aut de alendis liberis, parentibus, patronis; aut de adeunda suspecta hereditate; aut ut aspectu atrox injuria aestimetur vel fideicommissaria libertas praestanda.

[2]) Bethmann-Hollweg, Der Zivilprozeß, VI. Bd., S. 22 ff.

Digitized by Google

darin nur einzelne Bemerkungen hierüber an verschiedenen Stellen verstreut.[3])

Nichts kennzeichnet aber die geringe Wertschätzung dieses Zweiges des formellen Rechts in der damaligen Rechtsliteratur schlagender, als daß der berühmte Kirchenrechtslehrer zu Bologna, Joannes Andreae († 1348), in seinen zahlreichen wertvollen Zusätzen zu dem erwähnten Riesenwerke über das Gerichtsverfahren auch keine namhaftere Ausbeute für die freiwillige Gerichtsbarkeit darbietet[4]), obwohl er die von Durantis benützten Quellen nachwies, dessen Ausführungen vervollständigte und allfällige Irrtümer berichtigte. Eine Ausnahme bildet die Ergänzung der Ausführungen des großen Spekulators in einer *Additio ad titulum: de instrumentorum editione (fol. 277, edit. Francofurt 1612)*, worin aus der *Summa* des Nicolaus Matarelli interessante Auslassungen über Anfertigung öffentlicher Urkunden vorkommen.

Das sprechendste Zeugnis für die völlige Unfruchtbarkeit der Theorie betreffs der freiw. Gerichtsbarkeit bildet die Tatsache, daß der berühmte Baldus de Ubaldis, ein tiefer Kenner des römischen und kanonischen Rechts, welcher nach 1344 an verschiedenen italienischen Hochschulen lehrte, die von der Glosse beliebte Kennzeichnung des Unterschiedes zwischen der *jurisdictio voluntaria* und

---

[3]) Frankfurter Ausgabe 1612, I. Teil, S. 133 und 134; II. Teil, S. 154. So wird z. B. in den Ausführungen über die *jurisdictio omnium judicum (lib. I partic. I tit. cit.*, § 1, Nr. 26, 29, 31, 32) des Unterschieds zwischen *jurisdictio voluntaria et contentiosa* ohne nähere Erläuterung erwähnt, und nur in den folgenden Auseinandersetzungen bei Beleuchtung der Unterschiede zwischen vier Gruppen der *jurisdictio*, nämlich: *quae habet imperium merum, quae habet mixtum, quae generali vocabulo jurisdictio appellatur* und endlich *quae dicitur modica coërcitio*, eine Einreihung verschiedener Akte freiwilliger Gerichtsbarkeit in die beiden mittleren Gruppen vorgenommen. Es werden der *jurisdictio, quae habet mixtum imperium* die Akte zugewiesen, die eine Verfügung erheischen, dagegen der *jurisdictio quae generali vocabulo appellatur*, alle solchen, wobei es sich um die Entgegennahme rechtlicher Erklärungen oder um die Vormundsbestellung handelt. Außerdem findet sich eine Notiz über die Bedeutung der Ferialtage für das Gebiet freiwilliger Gerichtsbarkeit in *lib. II partic. I tit. de feriis*, § 2, Nr. 7.

[4]) Charakteristisch ist in dieser Beziehung, daß Jo. Andreae zu den Ausführungen des *Speculum aureum* über Gerichtsbarkeit nichts anderes über *jurisdictio voluntaria* beizufügen weiß, als eine, römischen Quellenstellen entlehnte Bemerkung: *actus jurisdictionis voluntariae non possunt fieri cum eo, qui habet parem jurisdictionem, cum eo, qui habet interponere auctoritatem (l. c. pag. 135 additio ad verbum „concor.“).*

Digitized by Google

contentiosa in den Zusätzen zum *Speculum Durandi* (fol. 135) nur dahin richtigstellte, daß erstere *respectu partium est voluntaria, sed respectu judicis necessaria,* wogegen der Gründer der Humanistenschule unter den Romanisten, Andreas Alciatus († 1550) in seinem *Judiciarii processus compendium atque juris utriusque praxis (Coloniae,* 1587, fol. 6) diesen Unterschied vollends in eben derselben Weise erörtert, wie es bereits von den Glossatoren geschehen war. Wird deren Lehre noch näher ins Auge gefaßt, so erübrigt die Bemerkung, daß die Glossatorenschule die gesamten Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit in zwei Gruppen trennte, anknüpfend an fr. 9 D. I, 16. Bei einigen genüge ein Vorgehen *de plano* (fr. 9, § 3 cit.), *i. e. sine causae cognitione,* in welchen Fällen die Verfügung *per libellum,* d. i. mittels kurzem Vermerk auf dem Gesuche erfolgt, während in der zweiten Gruppe eine eingehendere Verhandlung und Erörterung erforderlich ist, bevor die Erledigung *per decretum* erlassen werden kann (fr. 9, § 1 cit., *ad verbum decretum).*

Der geistreiche Franzose Hugo Donellus, der nach der Pariser Bartholomäusnacht an deutschen Hochschulen eine Zufluchtstätte (1573) suchen mußte, hat in seinem Hauptwerke, das ein bis ins einzelne vortreffliches System in vollendeter Darstellung bildet, nämlich in den *Commentarii juris civilis* (XVII. Buch, Kap. 8; Frankfurt 1626, S. 965), die gleichen Gedanken schärfer ausgesprochen, indem er den Unterschied der *duo genera voluntariae jurisdictionis* dahin präzisierte: *quaedam desiderant auctoritatem solam, quaedam causae cognitionem et decretum.* Erfüllt von dem, auf das Erkennen des Ganzen gerichteten Bemühen, stellt er jedoch neben der *jurisdictio contentiosa* und *voluntaria* noch eine dritte Art auf, das *mixtum vel intermedium genus jurisdictionis, quod exercetur in invitos quidem, attamen sine judicii contentione;* dazu zählt er die Vormundsbestellung. Über diesen Standpunkt ist die gemeinrechtliche Theorie nicht hinausgekommen.[5])

[5]) Es erhärtet dies der bekannte jüngere Godofredus (Jacobus) in seinen *Commentarii in titulum Pandectarum: de diversis regulis juris (Genevae 1653, pag. 306),* wo er sich folgendermaßen äußert: *Ulpianus l. II de officio proconsulis (ait): quaedam per libellum expediri posse, in aliis vero decreto opus esse* (cf. l. 9, § 1 et 4 de off. proc.). *Per libellum i. e. ad solam partis supplicationem seu delato libello et sic per nudam subscriptionem ad libellum, citra causae cognitionem et adversario non vocato; de cujusmodi ad libellos sub-*

Digitized by Google

scriptionibus videndum est l. 39 D. de falsis; l. 15 D. de in jus vocat.; l. 3, 5 Cod. Comminat. epistol. programm .... Aliae vero causae sunt, quae ut pro tribunali expediri debent, ita causae cognitionem omnino desiderant exactam, sedulam et adhibito consilio decretum, plenam decreti interpositionem. Ut recte hic glossa: per libellum i. e. de plano expediri non posse, quae causae cognitionem desiderant. Einen ganz absonderlichen Standpunkt nimmt der sächsische Prozessualist Benedikt Carpzow ein, indem er die Frage betreffs des Unterschieds zwischen beiden Arten der Gerichtsbarkeit nach der Zuständigkeit und Verhandlungsform lösen will: *Lubet jurisdictionis voluntariae actus ita describere, ut absque ordinaria actus cognitione coram judice quovis expediri possint, cum tamen ea, quae sunt jurisdictionis contentiosa et nonnisi coram judice competente praevia causae cognitione ordinaria ventilari et peragi debeant (Processus juris in foro saxonico, Lipsiae 1708, pag. 27,* Nr. 32). Offenbar beruht diese Ansicht auf einer irrtümlichen Verallgemeinerung der nur von der Freilassung, Adoption und Emanzipation geltenden römischen Quellenstellen (fr. 17 D. 40, 2; fr. 36 D. 1, 7; l. 1 C. 8, 49).

Digitized by Google

V. Aufschwung und Niedergang des Notariats.

Vielleicht verschuldete der heftige Kampf, der an der Hochschule zu Bologna anfangs des XIII. Jahrhunderts zwischen den Lehrern der *ars dictandi* und den Vertretern der Rechtslehre entbrannte[1]), um nach kurzem Ringen zu Ungunsten der ersteren zu enden, den höchst unerfreulichen Zustand der mittelalterlichen Literatur über die freiwillige Gerichtsbarkeit. Denn die besiegten Magister der *ars dictandi* fanden in der Pflege der *ars notariae* den erwünschten Ersatz für das verlorene Ansehen und die Einbuße an Scholaren, während die Rechtslehrer wahrscheinlich aus eben diesem Grunde es verschmähten, ihre literarische Tätigkeit auf das gleiche Gebiet zu erstrecken. Die sogenannten *dictamina*, d. h. die Anleitungen zu richtiger und gefälliger Anfertigung der mannigfachsten Schreiben und Schriftstücke wiesen dem Lehrer der *ars dictandi* den Weg zur Behandlung der *ars notariae*. Im Laufe des XIII. Jahrhunderts trug dieser Zweig der Rechtsliteratur reiche Früchte zu Nutzen der Rechtspraxis in den Arbeiten der an der Bologner Hochschule lehrenden Professoren der *ars notariae*. Die hervorstechendsten waren: die für die mittelalterliche Praxis bahnbrechende, obwohl nur für die „*simpliciores*“ (laut der Vorrede) verfaßte *Summa artis notariae* des Rolandinus de Passageriis († 1300)[2]), sowie dessen Erklärungen hiezu (Aurora), welche Petrus de Unzola († 1312) unter der Bezeichnung: *aurora novissima* fortführte, sowie ähnliche Ausführungen des Petrus de Boateriis

[1]) Rockinger, Die *ars dictandi* in Italien (Abhandlungen der bayerischen Akademie der Wissenschaften, hist. Cl. 1861, S. 104); und dessen Quellen zur bayerischen Geschichte, IX. Abt., I., S. 143, 148, insbesondere über das Wirken Buoncampagnis.

[2]) Durantis hat diese *Summa* fast gänzlich in sein *Speculum* aufgenommen. (Joannes Andreae, *Additio* zum *Proëmium* dieses Werks, § 19).

Digitized by Google

(lehrte vom Jahre 1306).[3]) Vergebens sucht man jedoch auch in diesen literarischen Erscheinungen nähere Erörterungen über den Gegenstand der freiwilligen Gerichtsbarkeit; sie wiederholen mit geringen Varianten eben dasselbe, was die Glossatoren über den grundlegenden Unterschied der beiden Gebiete richterlicher Tätigkeit aufgestellt haben.[4])

Zwei Umstände verursachten den Mangel einer selbständigen literarischen Bearbeitung der freiwilligen Gerichtsbarkeit in der mittelalterlichen Literatur des römisch-kanonischen Rechts. Einmal war es ein innerer Grund; es handelt sich bei der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht um ein einheitliches, in sich abgeschlossenes organisches Ganze untereinander verknüpfter Handlungen des Richters und der am Verfahren beteiligten Personen, sondern um eine bunte Reihe mannigfaltiger Einzelnakte von verschiedener Tragweite und Bedeutung,

---

[3]) Savigny, Geschichte des römischen Rechts im M. A., V. Bd., S. 539—556; Bethmann-Hollweg: Zivilprozeß des gemeinen Rechts, VI. Bd., S. 163 ff. Interessant ist, daß die offenbar von einem Böhmen angefertigte und in der Bibliothek des Prager Metropolitankapitels unter der Signatur J. XLVI verwahrte Handschrift der gedachten Schrift des Petrus von Unzola (geschrieben Unczola) dem *Dr. decretorum* und Archidiacon Adam von Nečetic gehörte, welcher 1414 testamentarisch verfügte, daß alle ihm gehörigen Bücher *studentibus quorumcumque facultatum studii pragensis juxta discretionem pro studio concedantur*. Dort finden sich auch handschriftlich die beiden Arbeiten des Rolandinus und zwar die Aurora zeuge des aus dem XIV. Jahrhunderte (1355) stammenden Inventars seit jener Zeit. (Schulte, Kanon. H. S. einiger Prager Bibliotheken, Nr. 157, 195, erwähnt, daß letztere Handschrift Savigny unbekannt blieb, obwohl sie zu den vollständigsten zählt.) Auch das aus der zweiten Hälfte des XIV. Jahrhunderts erhaltene Inventar des Bücherschatzes des ehemaligen Klosters zu Opatowic führt *duo volumina Aurorae* an (meine Recept. Gesch, S. 99, 94).

[4]) Petrus de Unzola im *Apparatus* zur *Summa judiciorum Rolandini: Voluntaria jurisdictio vertitur circa actum, qui de voluntate ambarum partium fuerit*; *contentiosa vertitur super his, quae sunt de contentione inter partes*; ähnlich Pelrus de Boateriis in seiner *Expositio in summam artis notariae dom. Rolandini tom. II ad partem III c. IX* folgendermaßen: *Voluntaria est illa, quae fit de partium voluntate (adoptio, arrogatio, emancipatio) et ista jurisdictio potest agitari coram quocunque judice ordinario non habente administrationem. Contentiosa est illa, quae fit in lite, quia ista fit de necessitate; ut si peto librum meum coram judice per libelli oblationem vel peto aliquid aliud; modo ista est jurisdictio inchoata ex parte rei et ex parte judicis, nam reus cogitur respondere et judex cognoscere et in causa pronunciare (cf. Summa totius artis notariae, Venetiis 1546*, fol. 276, tom. I., fol. 61 p. v. tomi II).

Digitized by Google

die nur der ihnen gemeinsame Endzweck präventiven Rechtsschutzes zu einem Ganzen verbindet.

Dazu gesellt sich aber ein äußerer Grund; man hielt es für überflüssig, nähere wissenschaftliche Ausführungen Rechtsinstitutionen zu widmen, deren verläßliche Funktionierung durch die entsprechenden Urkundenformulare, und zwar in langjähriger Übung bewährte, gesichert war. Hiefür spricht die nicht zu unterschätzende Tatsache, daß ein Mann von der Bedeutung des Irnerius als Schöpfer einer Formulariensammlung für Notare gerühmt wird.[5]) Die Beeinflussung der üblichen älteren Urkundenformulare in Italien durch die Bologneser Rechtsschule und die Praxis kirchlicher Gerichte steht aber fest. Durch entsprechende Textänderungen der Formulare sickerten die Errungenschaften der neu erwachten wissenschaftlichen Lehre des römischen Rechts und zielbewußter Rechtspflege in das praktische Rechtsleben.[6])

Selbst ein Rechtskenner von so durchdringendem praktischen Geiste, wie es Wilhelm Durantis war, fand keinen Anlaß, für die Bedürfnisse künftiger Richter und Anwälte betreffs der freiwilligen Gerichtsbarkeit in anderer Weise vorzusehen, als durch Aufnahme zahlreicher Formulare und Bruchstücke aus der oben erwähnten Summa des Rolandinus in das IV. Buch seines allumfassenden Speculum.[7])

Dieser Tiefstand der Lehre war um so gefährlicher in einer Zeit arger Vernachlässigung der freiwilligen Gerichtsbarkeit bei Gericht, während deren im allgemeinen alle Rechtsfürsorge neben der Vorsicht und Umsicht der an einem Rechtsgeschäfte Beteiligten selbst lediglich dem bei Abfassung der Urkunde mitwirkenden Notar zufiel.

In richtiger Würdigung der großen Bedeutung des Notariats für den Rechtsverkehr sorgten die Landesherren in den einzelnen Territorien für dessen entsprechende Organisation nach italienischen

---

[5]) Savigny, l. c., IV. Teil, S. 25; Österley, Geschichte des deutschen Notariats; S. 172. Zweifel hieran sind unbegründet gegenüber dem ausdrücklichen Zeugnisse eines Accursius und Odofredus, ferner des Petrus de Unzola in der Vorrede zur Aurora.

[6]) Ficker, Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens, III. Bd., S. 146 ff.

[7]) Savigny, l. c., III. Teil, S. 638; V. Teil, S. 542.

Digitized by Google

Vorbildern, so auch in Böhmen, wo eine von einem Italiener (Henricus de Isernia), geleitete Notariatsschule (1270) in ihrer schönsten Blüte durch kriegerische Ereignisse jäh vernichtet wurde.[8])

Bei dem kläglichen Zustande der einschlägigen Rechtsliteratur konnte es nicht wundernehmen, wenn die Notare nur eine ganz unzureichende Vorbildung für ihren verantwortungsvollen Beruf besaßen. Es war dies um so bedauerlicher, als ihnen der Löwenanteil an der Betätigung der freiwilligen Gerichtsbarkeit zufiel, abgesehen von dem rasch aufstrebenden präventiven Rechtsschutze, den für den Rechtsverkehr mit Immobilien die Stadtbücher, in den böhmischen Ländern außerdem die Landtafel und bald auch die Grundregister der untertänigen Hintersassen gewährten.[9]) Ausnahmen erhärten nur die Regel, weshalb nicht verschwiegen werden darf, daß der vorerwähnte Gründer einer Notariatsschule in Böhmen durch gründliche juristische Schulung hervorragte. Beweis dessen, daß er das zwischen 1278—80 entstandene älteste Prager Stadtbuch *(„regalium registrorum ad instar")* für Einträge aller die städtischen Realitäten betreffenden Rechtsgeschäfte anlegte.[10])

Klagen über ungenügende Rechtskenntnisse der Notare werden von allen Seiten erhoben, von Gesetzgebern und Rechtsgelehrten. Der große Verwaltungsreformator Böhmens,

---

[8]) Meine Recept. Gesch., S. 77.

[9]) Heusler, Instit. des deutschen Rechts, II., S. 81 ff.; die oben III. in Anm. 12 zitierte Schrift des Johann Brtvin von Ploskowic, Hospodář, 1587, S. 89 ff. Die Eintragungen in die Grundregister (ebenso in die Waisenregister) sollten danach an den Gerichtstagen nach Beendigung der Streitverhandlungen erfolgen (beim sogenannten *posudek*) und hiebei sollte „sorgfältig eingetragen werden, für wen und aus welchem Grunde der Eintrag erfolgt"; hierauf sollte die Einzeichnung den Beteiligten vorgelesen werden, damit sie wissen, „was für sie in den Grundregistern eingetragen ist". Auch die Kerbhölzer haben sie mitzubringen, damit nach erfolgter Zahlung in Gegenwart des gutsherrlichen Beamten die Einschnitte (über die schuldige Leistung) getilgt und damit die Übereinstimmung des Kerbholzes mit dem Register hergestellt werde (l. c. S. 175).

[10]) In einer, in sein Formularienbuch aufgenommenen Urkunde berichtet Henricus Italicus, daß er über Auftrag des Richters und Stadtrates *(„rogatus a civibus"* und *„E. civis et juratus confici curavit")* dieses Stadtbuch anlegte, nämlich: *quaternos contractuum seu obligationum regalium registrorum ad instar... in hoc congessi volumine, quod in eis obligationes, pacta conventa, sponsalia*

Digitized by Google

Karl IV., beschwert sich bitter in seinem unter dem Namen der *Majestas Carolina* bekannten Landrechtsentwurfe (1355, Rubr. XL), darüber, daß: *numerus notariorum est longus et magnus, ars eorum autem brevis et parva.* Von Unmut erfüllt, bricht sein Zeitgenosse Baldus de Ubaldis in den verzweifelten Ruf aus: *Imperitia notariorum destruit mundum!*

Der tiefe Verfall, in welchem sich das Notariat in dem „heiligen römischen Reiche deutscher Nation" anfangs des XIII. Jahrhunderts befand, hatte große Gefahren für die Sicherheit des Rechtsverkehrs im Gefolge.

Der um das Wohl des Reiches lebhaft besorgte Kaiser Maximilian I. erließ, von dem Wunsche beseelt, hierin gründliche Abhilfe zu schaffen, eine besondere Notariatsordnung am 8. Oktober 1512 mit der charakteristischen Begründung, „weil dermalen viel Notarien erfunden werden, die (ihrer) Kunst halber gebrechlich und unverständig seien, aus welcher ihrer Unwissenheit unzählbar viel Leut ohnzweifentlich verführt, versäumt und beschwert worden". Mutmaßlich hat die Verquickung des Notariats mit der Prokuratur nicht wenig zu seinem beklagenswerten Niedergange beigetragen, wie daraus zu entnehmen ist, daß Karl V. mit dem Ausgsburger Edikte vom 3. August 1548 den Notaren ernstlich gebot: „in denen Sachen, darin sie als Notarii gebraucht wurden, sich Sollicitierens und Procurierens und dergl. gänzlich und allerdings zu entschlagen".

Leider blieb der von dem „letzten Ritter" auf dem Kaiserthrone erhoffte Erfolg aus. Denn gerade ein halbes Jahrhundert nach Erlassung der Notariatsordnung motivierte das allgemeine Kirchenkonzil von Trient (Sess. XXII, c. 10 vom Jahre 1562) in ähnlicher Weise, wie dieses Reichsgesetz, den an sämtliche Diözesanbischöfe ergehenden Befehl, alle der erforderlichen Rechtskenntnisse ermangelnde vom Staate oder von der Kirche bestellte Notare ihres Amtes zu entsetzen, sei es für immer oder nach Umständen nur für eine gewisse Zeit.

---

nupcias (offenbar Ehepakten), *empciones venditiones, locationes conductiones et demum omnes contractus, quocunque nomine censeantur, ... fideliter conscribantur et recte in futurorum memoriam et testimonium veritatis* (abgedruckt bei J. Čelakovský, o registrech, S. 29). Vgl. des näheren Randa, Das Eigentumsrecht, II. Aufl., I. Hälfte, 1893, S. 434 ff.

Digitized by Google

Frankreich allein kann sich dessen rühmen, daß die zweckmäßige Ausbildung und Regelung seines Notariats den tiefen Verfall der freiwilligen Gerichtsbarkeit überhaupt hintanhielt, den das Deutsche Reich vor seinem Zerfalle erlebte. Seine innere Lebenskraft bewahrte das Notariat vor dem Untergange, als dort mit der Katastrophe von 1789 ein allgemeiner Umsturz eintrat. Mit dem organischen Gesetze vom 25. ventôse XI (16. März 1803) schwang sich das Notariat, veralteter Übelstände ledig und entsprechend verjüngt, in das neue Zeitalter herüber.

Digitized by Google

VI. Einfluß der populären Rechtsliteratur und der Gestaltung der sozialen Verhältnisse an der Schwelle der Neuzeit.

Kehren wir nach einer flüchtigen Betrachtung des Anteiles des Notariats an der Entwicklung der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Mittelalter zur Verfolgung der weiteren Geschicke dieses Rechtszweiges an der Schwelle der Neuzeit zurück, so begegnen wir neuerlich einer bedauerlichen Erscheinung. Der traurige Zustand des akademischen Unterrichtes an den Hochschulen Italiens, woher der Zuzug der Rechtsjünger nach Deutschland, Frankreich und in unsere Länder erfolgte, führte die völlige Versumpfung der freiwilligen Gerichtsbarkeit herbei.[1])

Von der Rechtslehre war keine Besserung in dieser Richtung zu erwarten. Nur in Frankreich gelangte die Rechtswissenschaft zu selbständiger Blüte und nahm mit Donell, dessen Mühen auf das Verständnis des Rechts im allgemeinen, und Cujaz, dessen Trachten auf die Ergründung des Besonderen gerichtet war, einen hohen Aufschwung, wohingegen das Deutsche Reich in jener Zeit außer Ulrich Zasius, der dort als der erste die Scheidewand zwischen Humanismus und Jurisprudenz niederriß, kaum einen Rechtslehrer aufweist, dessen Bedeutung das Mittelmaß überstiege. In unseren Ländern verhinderten während des XV. und XVI. Jahrhunderts eine tiefere Pflege der Rechtswissenschaft an den beiden

[1]) Über das folgende ist zu vergleichen, Stintzing, l. c., S. XIX, XXII, XXIX, XLI, Anm. 307 und dessen Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, I. Bd., S. 83 ff., 163 und 776. Einen wichtigen Beitrag zu den Nachrichten über den Besuch der Rechtsfakultät zu Bologna aus Böhmen bringt Dr. Zahradník in dem Bulletin der böhmischen Akademie der Wissenschaften in Prag, 1904, S. 227 ff., indem er aus dortigen Notariatsurkunden zwölf Besucher dieser Fakultät aus Böhmen für das Jahr 1269 namentlich nachweist, darunter zwei als Käufer von Handschriften des *digestum vetus* und des *decretum Gratiani*.

Digitized by Google

Hochschulen zu Prag und Wien vorerst die Folgen der Hussitenkriege, bald hierauf die Wirren der Reformation und die Bedrängung oder wenigstens Bedrohung durch Türkeneinfälle.

Höchst bedauerlich ist, daß an der alten Carolina zu Prag das Rechtsstudium völlig daniederlag, als unter Kaiser Rudolf II. Hieronymus Treutler von Kroschwitz, ein Schlesier, im Ratskollegium des Prager Appellationsgerichts Sitz und Stimme führte, ohne seine Lehrtätigkeit entfalten zu können, obwohl seine *Disputationes ad jus civile Justinianeum (Marpurgae, duo vol.* 1592, 1593),[2]) das beliebteste Lehrbuch — unseren kürzeren Pandektenkommentaren vergleichbar — bildeten, an den Universitäten vielfach den Vorlesungen zu Grunde gelegt wurden und eine eigene Literatur veranlaßten.

Die juristischen Halbgelehrten bemächtigten sich damals in der Stellung von Stadtschreibern, Rechtsfreunden und ähnlichen des ganzen weiten Feldes praktischen Rechtslebens, insbesondere in den Städten, wo ein betriebsamer Bürgerstand dem Gewerbe und Handel sein behagliches Dasein verdankte. Mit halbem Wissen, ohne Prüfungen überfluteten sie das Land; mit ihren plumpen Händen haben sie aber zahlreiche Setzlinge fremden Rechts in die Beete des heimatlichen Rechtslebens verpflanzt, während die gelahrten Doktoren, wie Zasius in seinen Briefen erklärt, „von dem Staube und Schmutze der Gerichtssäle und Kanzleien“ mit vornehmem Widerwillen sich abwandten.[3])

Nicht aus schwer verständlichen und teueren Folianten schöpften diese Geschäftsmänner ihr Wissen, sondern aus handlichen billigen Zusammenstellungen des für die Rechtspraxis notwendigsten juridischen Hausrates.[4]) Nicht nach der Erkenntnis des Wesens der

---

[2]) Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, I., S. 467. Das Werk erlebte bis 1611 elf Auflagen und stand noch gegen das Ende des XVII. Jahrhunderts in Ansehen.

[3]) *Epistolae Zasii edid. Riegger pag. 62.*

[4]) Die Geschmacklosigkeit und Geistesöde der Vorträge an italienischen Universitäten noch im XVI. Jahrhundert charakterisiert die Mitteilung des nachmaligen Stadtschreibers der Kleinseite Prags Kocín von Kocinet aus dem Jahre 1581 (*Nova distributio juris universi dialogo explicata*), der als Student in Padua es erlebte, daß der dortige Pandektist volle vier Vorlesungen der Erörterung der Partikel *si* in dem fr. 1 § 1 D *de officio ejus, cui mandata est jurisdictio* widmete, was geradezu ungeheuerlich ist, wenn bedacht wird, daß italienische Rechtslehrer damals höchstens 100 Stunden im Jahre zu lesen pflegten.

Digitized by Google

Rechtseinrichtungen ging ihr Streben; ihnen genügte die Erfassung der äußeren Erscheinung der Rechtsinstitute und der wichtigsten leichtfaßlichen Unterscheidungsmomente dieser einzelnen untereinander. Darum richtete sich ihr Sehnen nach passenden Hilfsmitteln, deren Führung sie sich in der Praxis blindlings anvertrauen konnten. Der Bannstrahl, den Zasius und Melanchthon gegen diese „Pest der verderbten juristischen Sudelei" schleuderten, bewirkte keinen Wandel hierin.[5])

Zu den lebhaftest begehrten Erscheinungen des Büchermarktes gehörten vor allem die „Formulari", d. i. Formelsammlungen, die nach Materien geordnet, zuerst in lateinischer, später in der Volkssprache[6]) verfaßt waren.[7])

Noch erwünschter waren populäre Leitfaden mit Beifügung von Formularien, die keine tieferen Rechtskenntnisse voraussetzten, mögen sie in Vorträgen oder in Schriften dargeboten werden.

In der traurigen Periode gänzlicher Verödung der Prager Rechtsfakultät hat ein Mann praktischen Berufs, der erste Stadtschreiber der Neustadt Prags, namens Prokop, zur Zeit, als Georg von Podiebrad noch als Landesverweser die Regierungsgeschäfte in Böhmen führte (um 1452), während einiger Jahre Vorträge über Rhetorik und Stilistik gehalten und hierin in einer besonderen Abhandlung, unter dem Titel: *Praxis cancellariae* eingehendere Erörterungen über die Führung von Stadtbüchern, ihre verschiedenen Gattungen, die dabei zu beobachtenden Vorsichten und über die Verfassung von Urkunden eingeflochten, zugleich aber auch die entsprechenden Formulare beigefügt.[8])

[5]) Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, I., S. 80.

[6]) Vgl. Österley, Deutsches Notariat, I., S. 565. Zwei Sammlungen dieser Art, enthaltend Formeln für die mannigfaltigsten Rechtsgeschäfte, bei denen der Schuldner häufig zur Leistung unter den Folgen des Einlagers sich verpflichtet, in böhmischer Sprache zusammengestellt von Nikolaus Šud v. Semanin, 1556 (zweite Auflage 1567) und von Faukner v. Fonkenstein, 1589, fanden große Verbreitung.

[7]) Verwandt damit waren die *Tractatus cautelarum* (insbesondere des Bartholomäus Cäpolla († 1477), worin „sich Anweisungen zur klugen Vorsicht mit solchen zu ränkevoller Schlauheit mischen", vgl. Stintzing, l. c., S. 534.

[8]) Meine Rezeptionsgeschichte, S. 207; über die Praxis *cancellariae* vgl. den Aufsatz von Fr. Mareš: Des Neustädter Schreibers Prokop böhm. *ars dictandi* (in den Abhandlungen der böhmischen Akademie der Wissenschaften, I. Cl., 1900, Z. 2, S. 10, 19—42). Über eine ältere kürzere Fassung dieser Abhandlung vgl. oben, II., Anm. 23.

Digitized by Google

Wenige Jahrzehnte später erschien in Deutschland ein bald weitverbreitetes Werk, das gleichen Zwecken diente.

Es hat der Stadtschreiber und nachmalige Landvogt Tengler 1509 mit seinem, nach Durantis Muster verfaßten Laienspiegel[9]) eine „systematische Realenzyklopädie der populären Jurisprudenz für die Praxis" geschaffen, die den Halbgelehrten als verläßliche Krücke bei Erledigung der Geschäfte diente. Denn groß war damals, wie die gereimte Vorrede zu diesem Werke hervorhebt, die den Parteien höchst verderbliche Unwissenheit der Richter und deren Anmaßung, das Recht handhaben zu wollen, ohne es gelernt zu haben.[10]) Der in der Praxis gewiegte und mit der einschlägigen Literatur vertraute Verfasser des Laienspiegels hat neben einer geschickten Zusammenfassung des reichhaltigen Inhalts der beliebtesten populären Schriften und Hilfsbücher in übersichtlicher Anordnung, eine Fülle von Formularen an den geeigneten Stellen eingeschaltet, die das wichtigste aus den älteren Formelbüchern darboten. Kein anderes Werk hat die damalige Rechtspraxis mehr beeinflußt, ja geradezu beherrscht, weil keines dem Bedürfnisse juristischer Halbwisser mehr entsprach. Nicht wenig mag zu seiner Verbreitung der Bildungsdrang beigetragen haben, der schon seit dem XV. Jahrhunderte sich der breiten unteren Volksschichten bemächtigt hatte.

---

[9]) Vgl. Stintzing, Populäre Rechtsliteratur, S. 445 ff. Die Übung, Sammlungen von Rechtsvorschriften mit Formularien für Rechtsgeschäfte und Aufzeichnungen über Gerichtsverhandlungen zu verknüpfen, reicht weit zurück. Sie findet sich schon im *liber papiensis* (zwischen 1019—1054), einer chronologischen Zusammenstellung der Vorschriften des longobardischen Rechts; aus den beigefügten Formularien für Gerichtsprotokolle läßt sich der Verlauf des ganzen Verfahrens erkennen (Schröder, l. c., S. 268). Beim Landrecht, in städtischen und kirchlichen Gerichten (insbesondere bischöflicher Offiziale) dienten zahlreiche Formularien als schätzbares Hilfsmittel bei Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Belege hiefür bieten für das böhmische Landrecht das Neunbücherrecht Kornelius von Všehrd aus dem Ende des XV. Jahrhunderts, wo insbesondere mit Rücksicht auf die Landtafeleintragungen Formulare für Urkunden und Einträge gegeben und deren Bedeutung erörtert wird, betreffs der böhmischen Stadtgerichte die oben erwähnte *Cancellariae praxis*, in welcher ein ähnlicher Vorgang beobachtet wird; betreffs Steiermarks Bischoff, Steiermärkisches Landrecht, S. 176 ff.; bezüglich der Tätigkeit bischöflicher Gerichte nach dem Zitate bei Schröder, l. c., S. 705, insbesondere Schulte, Urkundenbuch der Stadt Straßburg, III., S. 12, 32 ff.

[10]) Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, I. Bd., S. 73.

Digitized by Google

Leider konnte vom heimischen Rechte auch keine Abhilfe erhofft werden.[11]) Trotzdem es in Deutschland eine Fülle von Rechtsaufzeichnungen gab (neben den Rechtsbüchern eine unübersehbare Reihe von Statutarrechten), fehlte der unerschöpflichen Menge von einzelnen Rechtssätzen der innere Zusammenhang und die prinzipielle Einheit und damit die Tauglichkeit, technische Vollendung zu erlangen.

Das Übel arger Geringschätzung der freiwilligen Gerichtsbarkeit in der Rechtslehre und Rechtspflege wurde noch gesteigert durch die beklagenswerten politischen Verhältnisse im Deutschen Reiche. Seit der Einführung der Reichskammergerichtsordnung von 1495 trachteten die landesherrlichen Gerichte in den einzelnen Territorien auf Unkosten des Reichsgerichtes in immer größerem Umfange die Gerichtsbarkeit auszuüben. Insbesondere wurde der Blutbann als Ausfluß und Beweis der vollen landesherrlichen Gewalt betrachtet.

Wo der Sinn nach so hohen Zielen gerichtet war, konnte es nicht ausbleiben, daß der *jurisdictio infima seu bassa*, als welche man die Gerichtsbarkeit außer Streitsachen gegenüber den „eminenteren Jurisdiktionsarten" ansah, eine geringe Aufmerksamkeit geschenkt wurde.[12])

Eine Änderung in diesen mißlichen Verhältnissen zu Gunsten einer wirksameren Pflege der freiwilligen Gerichtsbarkeit ergab sich erst, seit die landesherrliche Macht im Gerichtswesen über die Reichsgewalt den endlichen Sieg davontrug und in den Gerichten das Volkselement gelehrten Richtern wich[13]), seit ferner in den aufblühenden Städten die gerichtliche Auflassung als die verläßlichste Übertragungsart des Eigentums an unbeweglichen Gütern vorgeschrieben[14]) und die Zweckmäßigkeit der Eintragung aller, Immobilien betreffender Rechtsgeschäfte allseits

[11]) Stintzing, a. a. O., I., S. 41.

[12]) Malblanc: *Conspectus rei judic. rom. germ.*, § 191 a), 192 a); Puchta, Handbuch des gerichtlichen Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit, I. Teil, S. 58.

[13]) Starcke, Beiträge zur Kenntnis der bestehenden Gerichtsverfassung in Preußen, I., S. 414.

[14]) Heusler, zit. Instit., II., S. 81 ff.; Homeyer, Die Stadtbücher des Mittelalters (Abhandlung der Berliner Akademie der Wissenschaften), 1860, S. 13 ff.; J. W. Planck, Das deutsche Gerichtsverfahren des Mittelalters, 1879, II. Bd., S. 199 ff.

Digitized by Google

anerkannt wurde, seit der Handel die Bürger auf ihren Geschäftsreisen in ferne Länder führte, infolgedessen für die in der Heimat hinterbliebenen Waisen, aber auch für das in der Fremde hinterlassene Vermögen oft Vorsorge getroffen werden mußte[15]), seit endlich die Patrimonialgerichte im materiellen Interesse der Gutsherren oder aus Humanitätsrücksichten in Verlassenschafts- oder Mündelsachen eingriffen.[16]) Damals ermannte sich die Reichsgesetzgebung zur Erlassung von Vorschriften über die Pflichten der Vormünder und die gerichtliche Oberaufsicht bei Vormundschaften in den Reichspolizeiordnungen vom 30. Juni 1548 und vom 9. September 1577 (tit. XXXII).

Als Beleg für die vorausgeschickten Bemerkungen möge beispielsweise dienen, daß in Böhmen das Stadtrecht 1579 (A. 29, E. 38) und von einzelnen Gutsherrn für ihre Beamten erlassene Bauernordnungen 1550, 1588, eingehende Anordnungen[17]) darüber enthalten, wie bei der Siegelung und Inventur der Verlassenschaften zum Schutze minderjähriger oder fremder Erben vorzugehen, wie

---

[15]) Erst seit dem Aufblühen der Städte äußert sich eine eingehendere Obsorge für Mündel aus dem Gesichtspunkte der Obervormundschaft (Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, IV., S. 445 ff.). In Böhmen und Mähren ist das königliche Mundium über Waisen seit altersher (Kapras, Zeitschr. für vergleichende Rechtswissenschaft, XVIII., S. 411), dagegen die Obervormundschaft des Königs erst spät im Landrechte (Mähr. L. O. 1516, Art. XIII; Böhm. L. O. 1530, Art. 104), viel früher aber im Stadtrechte anerkannt (v. Ruber in der Zeitschrift für Notariat, 1881, Nr. 28, 39, 40). Keime der Verlaßabhandlung nach Fremden finden sich in den Stadtrechten von Wien 1221, 1244, Enns 1212, Wiener Neustadt 1221—1230 und Hainburg (vgl. Arch. f. Kunde österr. Geschichtsquellen, X., S. 105, 136, 98, 119, 144), ferner Prag (Stadtrechtsbuch c. 109) und Iglau (Dobner, Monumenta, VI., S. 207).

[16]) Beide Rücksichten hatte Johann von Lobkowic auf Hassenstein vor Augen, wenn er seinem Sohne in einer Belehrung darüber, wie er sein Verhalten gegenüber den Gutsuntertanen einzurichten hätte, vom Jahre 1504 (böhm. H. S., zitiert in Wocels Abhandlung über altböhmisches Erbrecht in den Abhandlungen der kgl. böhmischen Gesellschaft der Wissenschaften, Serie V, Bd. XI., S. 54) eindringlich vorhält: „Gehe mit deinen Gutsuntertanen gut um und tue ihnen kein Unrecht, damit sie dich loben und nicht vor anderen tadeln, die dann etwa ihre Absicht, auf deinen Besitzungen sich anzusiedeln, aus Furcht vor ähnlicher Unbill aufgäben."

[17]) Es sind das die Instruktion des Johann Ritter Dobřenský für seine Beamten über die Behandlung der Gutsuntertanen 1550 und des Florian Griesbeck von Griesbach Bauernordnung 1588 (vgl. oben III., Note 11), beide in böhmischer Sprache.

Digitized by Google

Mündelgelder zu Gerichtshänden zu erlegen und rücksichtlich der Berufswahl und bei Verehelichung der Mündel für deren Wohlfahrt sich zu bekümmern ist u. ä.

Aber auch die populäre Rechtsliteratur trug ihr Scherflein bei.[18]) Anleitungen über die rationelle Bewirtschaftung von Herrschaften, die unter dem Titel „Der Landwirt" (Hospodář) 1547, 1587 erschienen (vgl. oben III., Note 12) widmen den vorberührten Gegenständen eingehende Erörterungen, behandeln außerdem die Grundregister, die zur Aufnahme aller Gutsbesitzänderungen der Untertanen bestimmt waren, und die Waisenregister, in welche fast alle heutzutage in die Waisenbücher[19]) erfolgenden Aufzeichnungen geschehen sollen. Genaue Bestimmungen darüber, welche Herrschaftsbedienstete den erwähnten Geschäften der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu obliegen haben, bilden die erwünschte Ergänzung.

---

[18]) Zweifacher Art waren die literarischen Hilfsmittel, deren sich die Pönitentialpraxis bei ihrer Einflußnahme auf die gewissenhafte Pflichterfüllung der Vormünder bediente. Einmal waren es die schon oben (III., Note 10) erwähnten Übersetzungen einzelner Schriften über die Beichtpraxis in die Volkssprache, um dem Klerus die Belehrung der Laien zu erleichtern; einen Beleg hiefür bietet insbesondere auch eine aus dem Anfange des XV. Jahrhunderts stammende Handschrift der Prager Universitätsbibliothek (III D 16), die neben dem lateinischen Original dessen deutsche Übersetzung enthält. Außerdem dienten aber dem gleichen Zwecke handliche, alphabetisch nach Schlagworten geordnete Zusammenstellungen von Vorschriften des kanonischen Rechts mit Bedachtnahme auf die einschlägigen römischrechtlichen Vorschriften, welche das für das kirchliche Gerichts- und Verwaltungswesen, vornehmlich die Pönitentialpraxis, wichtigste in knapper Darstellung berücksichtigten. Dieser Art war insbesondere die in Mähren vor 1298 als Auszug aus der *Summa juris Monaldi* entstandene *tabula juris Raygradensis*, die auch auf die Sammlung Brünner Schöffensprüche (1353) nicht ohne Einwirkung blieb (vgl. über das Vorstehende meine Ausführungen in den Abhandlungen der Wiener Akademie der Wissenschaften, CXVII. Bd., Nr. IV, S. 10, 45 ff.).

[19]) Anordnungen über das Waisenbuch enthält der Kodex Theres., I., Kap. VI., Nr. 209—216.

Digitized by Google

VII. Gesetzliche Regelung der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Österreich seit Kaiser Josef II. bis in die Gegenwart.

Es würde den Rahmen dieser gedrängten Skizze der allmählichen Entwicklung der freiwilligen Gerichtsbarkeit weitaus überschreiten, wenn an dieser Stelle, auch nur in allgemeinen Zügen, geschweige denn im Detail dargestellt werden wollte, welche Wege die freiwillige Gerichtsbarkeit in ihren einzelnen Zweigen und in den verschiedenen im Reichsrate vertretenen Königreichen und Ländern einschlug und welchen Verlauf ihre Entwicklung nahm. Eine Darstellung dessen würde trotz ausgezeichneter Vorarbeiten weitaus die Kräfte eines Einzelnen übersteigen.

Mit vollster Berechtigung darf diesfalls auf die trefflichen und verdienstvollen Leistungen hingewiesen werden, welche für das Verlaßabhandlungsverfahren Meister Unger[1]) und der unserer heimatlichen Rechtsgeschichte allzu früh entrissene Graf Chorinsky[2]), für das Vormundschaftsrecht v. Ruber[3]), für die Geschichte der

[1]) Dr. Josef Unger, Die Verlassenschaftsabhandlung in Österreich, 1862.

[2]) Dr. Karl Graf Chorinsky, Das Notariat und die Verlassenschaftsabhandlung in Österreich, 1877, erklärt S. 74, daß die gesamte Kodifikation des österreichischen Rechts in dem verflossenen (XVIII.) und anfangs des gegenwärtigen (XIX.) Jahrhunderts in vieler Beziehung nur aus dem Zusammenstoße des böhmischen und speziell österreichischen Rechts erklärt werden kann, aus ihrem Verschmelzen und gegenseitigem Durchdringen, während auf die Gesetze anderer Reichsteile (Tirol, Galizien, Illyrien usw.), insoweit sie Abweichungen enthielten, bei der allgemeinen Kodifikation fast gar keine Rücksicht genommen wurde. Der Unterschied in der Auffassung Chorinskys und Ungers tritt in Detailpunkten mehrfach zu Tage (S. 26, 34, 41, 72). Wertvoll sind seine Beiträge über den Einfluß, den die Verlassenschaftsabhandlungen nach Geistlichen auf den Ausbau dieser Rechtsinstitution in Österreich (S. 22 ff.) äußerten.

[3]) Zeitschr. f. Notariat, 1881, 1882 und in Sonderabdruck (Brünn, 1883): Beiträge zur Geschichte des Vormundschaftsrechts in Mähren, S. 91: „Aus unserer

Digitized by Google

öffentlichen Bücher Dr. Johanny[4]), v. Randa[5]), v. Czyhlarz[6]), Krasnopolski[7]) und v. Maasburg[8]) lieferten, kleinerer Beiträge nicht zu gedenken!

Eine verdienstliche Aufgabe wäre es, den Winken dieser bewährten Forscher folgend, im Detail den Nachweis darüber zu erbringen, daß die Rechtsentwicklung in den böhmischen Ländern für die Einrichtung der öffentlichen Bücher und für die Gestaltung des Verfahrens in Verlaßabhandlungs- und Vormundschaftssachen bei der Unifikation der österreichischen Gesetzgebung im XVIII. Jahrhunderte den maßgebendsten Einfluß ausübte, wie dies für das Josefinische Prozeßverfahren längst feststeht.[9])

Darstellung dürfte sich bezüglich der nun bei uns geltenden materiellen und formellen Bestimmungen in Ansehung des von uns behandelten Rechtsverhältnisses ergeben haben, daß das landrechtliche Gewohnheitsrecht von Böhmen und Mähren auf die moderne Gesetzgebung von einem ähnlich bestimmenden Einflusse war, wie dies bezüglich des Prozeßrechts bereits nachgewiesen erscheint."

[4]) Dr. Lothar Johanny, Geschichte und Reform der österreichischen Pfandrechtspränotation, 1870, S. 50, 53, 59—61, 76, 91.

[5]) Dr. Anton Randa, Zeitschr. f. Privat- u. öffentl. Recht der Gegenwart, Bd. VI., S. 81 ff.: Entwicklung des Instituts der öffentlichen Bücher in Österreich und: Das Eigentumsrecht, I. Hälfte, 1893, S. 401, 414 ff., insbesondere 429, wo der Nachweis erbracht wird, daß mit Rücksicht auf die großen Vorteile der „böhmischen Landtafel" schon 1705—1709 deren Einführung in den innerösterreichischen Ländern beschlossen wurde und daß diese Rechtseinrichtung das maßgebende Vorbild für die Gestaltung der öffentlichen Bücher in Österreich blieb.

[6]) Dr. Karl v. Czyhlarz in seinem von gründlichster Kenntnis der Quellen des böhmischen Rechts und voller Durchdringung des Stoffes Zeugnis ablegenden Aufsatze: Zur Geschichte des bücherlichen Besitzes im böhmisch-mährischen Landrecht (in Grünhuts Zeitschr., X., S. 236 ff.), insbesondere über die Intabulation als Perfektionsakt, S. 272 ff., 283.

[7]) Krasnopolski in Grünhuts zit. Zeitschr., X., S. 472 ff., XI., S. 530 ff. und Kritische Vierteljahresschrift, XXVII., S. 494. Auf Grund archivarischer Forschungen wird (l. c., XI., S. 536) dargetan, daß bereits bei Beratung des Patents vom 7. August 1762 in der damit betrauten Kommission zufolge ausdrücklicher Erklärung „jederzeit auf die böhmische Landtafel als die Urquelle der übrigen die gehörige Rücksicht genommen wurde".

[8]) Dr. v. Maasburg, Die Entwicklung des Instituts der öffentlichen Bücher in Böhmen (Prag, 1877), S. 2: „In Böhmen, wo die Wahrung der dinglichen Rechte an Grund und Boden für die übrigen Länder der Monarchie späterhin in Grundbuchssachen geradezu typisch wurde" usw.

[9]) Die zumeist nach dem Vorbilde der spanischen Majorate (Franz Hofmann, Exkurse über österreichisches allgemeines bürgerliches Recht, II. Teil, S. 300 ff.) in Böhmen seit 1561 eingeführten und seit den *Novellae Declaratoriae* 1640 (Ji. XX) königlicher Konfirmation bedürfenden Fideikommisse verdanken die nähere Aus-

Digitized by Google

Ein untrügliches Wahrzeichen enthielt das erst mit der dermal geltenden Grundbuchsordnung aufgehobene Landtafelpatent vom 22. April 1794, Nr. 171 JGS., das im § 32 noch des Odpor und Odporprozesses gedachte!

Zahlreiche Belege für die übrigen erwähnten Gebiete bietet eine flüchtige Vergleichung der verneuerten Landesordnung, 1627, und der *Novellae declaratoriae,* 1640, ferner der Vormundschaftsordnungen für die höheren Stände vom 7. Februar 1736 und für den Bürgerstand Böhmens vom 3. Februar 1755 mit den Gesetzen der Ära Josefs II.

Diese Erscheinungen sind leicht zu erklären. Es baute eben auf den vom konfessionellen Absolutismus gelegten Grundlagen der erleuchtete Absolutismus erfolgreich weiter. Erfüllt von dem edlen Drange, für das geistige und wirtschaftliche Wohl der Staatsangehörigen bestens zu sorgen und bereit zur Erreichung dieses Zieles, auch wenn es nötig, Bevormundung zu üben, haben die Herrscher Österreichs die freiwillige Gerichtsbarkeit durch Gesetze eingehend geregelt, nachdem zuvor die wichtigste Voraussetzung für ein ersprießliches Wirken auf diesem Felde, nämlich ein fester Gerichtsorganismus, geschaffen worden war. Schon in der Kompilationskommission des Codex Theresianus[10]) wurde aus dem Gesichtspunkte der wünschenswerten Rechtseinheit in allen dem Zepter der großen Kaiserin unterstehenden Erblanden das Bedürfnis einheitlicher Regelung der Verlassenschaftsabhandlung und des Verfahrens in Mündel- und Pflegschaftssachen gewissenhaft erwogen. Bei diesem Anlasse wurde konstatiert, daß in den Erblanden „nach der durchgängigen, wiewohl nicht allerdings gleichen Praxis alle Verlassenschaften in die gerichtliche Sperre genommen, in mehrerteils Fällen gerichtlich inventiert, *per curatores*

bildung der Rechtsbeziehungen zwischen Fideikommißbesitzer und Anwärter (auch Depuration der Fideikommißschulden) landrechtlicher Gerichtspraxis. Gestützt auf diese verfügte die Vormundschaftsordnung für die höheren Stände vom 7. Februar 1736, Art. XII, in welcher Art und Weise bei Inventuren in Erledigungsfällen vorzugehen und sich bei Prüfung der Depurationstabellen zu verhalten ist, ingleichen die Kuratoreninstruktion vom 12. November 1762 (Roth, Gesetzsammlung für Böhmen, III. Bd., S. 76), wie die Fideikommißkuratoren für den unversehrten Bestand des Stammvermögens und für eine entsprechende Depuration zu sorgen haben.

[10]) Harras von Harrasowsky: *Codex Theresianus,* II. Teil, S. 404, Anm., womit zu vergleichen I. Teil, S. 15, 256, Anm.

Digitized by Google

administriert und den Erben nicht ehender als *praevia legitimatione ad hereditatem* eingeantwortet zu werden pflegen." Es wird aber außerdem hervorgehoben, daß auch eine gerichtliche Obsorge nicht bloß bezüglich der Person, sondern auch betreffs der Vermögensverwaltung bei „Leuten, die wegen ihrer Jugend oder anderer Ursachen halber ihren Gütern nicht selbst vorstehen können", stets gehandhabt wurde.

Der entscheidende Schritt geschah erst unter dem rasch entschlossenen und energischen Sohne und Nachfolger der großen Kaiserin, Josef II. Den Anstoß zu der Aktion in Sachen des sogenannten adeligen Richteramts gab wohl der Antrag der Kompilationskommission der allgemeinen Gerichtsordnung, dasselbe ganz auf die landesfürstlichen Gerichte zu übertragen. Vom Staatsrate unterstützt, führte diese Anregung auch zur Beseitigung der von geistlichen und Universitätsgerichten bis dahin geübten freiwilligen Gerichtsbarkeit[11]), die mit dem Hofdekret vom 28. Juli 1783, Z. 166 JGS. verfügt wurde. Bald nach Einführung der allgemeinen Gerichtsordnung wurden mit dem Patente vom 9. September 1785, Z. 464 JGS. einheitliche Vorschriften „über das Benehmen in Verhandlung der den Justizstellen anvertrauten Geschäfte" erlassen. Die II. Abteilung dieser Gerichtsinstruktion (Abschnitt 5, 6, 9, dann I. Abteilung § 41) gibt eingehende Anordnungen über das Verfahren in Abhandlungs- und Waisensachen und bei Kuratelen, in Fideikommißangelegenheiten und über das Depositenwesen für alle Erbländer. In gleicher Weise, wie die allgemeine Gerichtsordnung zur Zeit ihrer Promulgation als Prozeßgesetz sich durch Einfachheit der Formen, Raschheit des Verfahrens und Textespräzision auszeichnete, muß auch der Josefinischen Gerichtsinstruktion volles Lob zugebilligt werden, sowohl betreffs der Zweckmäßigkeit der gewählten Einrichtungen, als auch Klarheit der getroffenen Anordnungen.

Das gewichtigste Zeugnis hiefür bietet der Umstand, daß bei den über den Entwurf unseres allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches gepflogenen Kommissionsberatungen[12]), die fernere Verbindlich-

[11]) v. Hock, Der österreichische Staatsrat (1760—1848), S. 161, 238.

[12]) Ofner, Beratungsprotokolle des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, I., S. 494; II., S. 472. Die Anordnungen der josefinischen Gerichtsinstruktion über das Verlassenschaftsabhandlungsverfahren wurden in Galizien zuerst mit

Digitized by Google

keit der genannten Gerichtsinstruktion ausdrücklich vorausgesetzt und dieser Annahme auch im Texte des Gesetzbuches 1811 (§§ 241, 798) Ausdruck verliehen wurde. Freilich dachte man hiebei an deren Republikation als II. Teiles der Gerichtsordnung.

Schon bevor es mit der Josefinischen Gerichtsinstruktion zur Regelung der einzelnen Zweige der freiwilligen Gerichtsbarkeit kam, erfolgte unter Kaiser Josef II. die Entscheidung in einer grundlegenden Frage, nämlich der Gestaltung des Rechtsmittels gegen Verfügungen in nichtstreitigen Rechtsangelegenheiten. Um die Tragweite dieses gesetzgeberischen Aktes ermessen zu können, bedarf es eines kurzen Rückblicks auf den Stand der damaligen Rechtslehre und Legislative. Im gemeinen Rechte hatte die spätere italienische Doktrin[13]) angeknüpft an die bereits im römischen Rechte zulässige Appellation gegen die Verwerfung von Entschuldigungsgründen rücksichtlich einer bestimmten Vormundschaft (fr. 1, § 1 D. 49, 4). Unter dem Einflusse einer von Raymund de Pennaforte in diesem Punkte interpolierten Dekretale Alexanders III. (c. 5, X de appellat. 2, 28), welche eine Appellation *„extra judicium"* ohne nähere Beschränkung zuließ[14]), und der ausdrücklichen Weisung Bonifazius des VIII. (c. 8, VI. 2, 15), daß auch in *„extrajudicialibus actibus"* die Appellation erhoben werden dürfe, wurde als Rechtsmittel gegen Verfügungen in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine *appellatio extrajudicialis*, nämlich *„a judice extrajudicialiter procedente"*, für zulässig erklärt. Sie wurde nach Analogie der im Streitverfahren gegen Urteile der ersten Instanz zulässigen Berufung unter An-

dem Patente vom 26. Februar 1796, Nr. 282 JGS., eingeführt. Nachdem aber alle Bestimmungen der genannten Gerichtsinstruktion über Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit dem HfD. vom 27. November 1801, Z. 543 JGS. (als XV., XVI., XIX. Hauptstück und § 49 des IV. Hauptstückes) in Westgalizien Aufnahme gefunden hatten und später (mit HfD. vom 14. März 1807) auch in dem östlichen Teile Galiziens eingeführt wurden, entfiel die weitere Geltung des oben erwähnten Patentes.

[13]) Vgl. das in zahlreichen Ausgaben vorhandene Werk des Rechtslehrers zu Salerno, Robertus Maranta: *Aurea praxis* 1550, VI., 2, Nr. 278; ihm folgte der als „deutscher Papinian" gepriesene Beisitzer des Reichskammergerichts, Andreas Gail, in seinen viel benutzten und verbreiteten *Practicae observationes*, 1578 (XXIV. 9.), die wegen ihrer sich der italienischen Kasuistik anschließenden Gestalt von der Gerichtspraxis gerne berücksichtigt wurden.

[14]) *„Sacri canones etiam extra judicium passim appellare permittunt."* Irrtümlich behauptet Böhmer: *Jus eccles. protest. lib. II tit.* 28 § 2 die Entlehnung dieses Satzes aus Pseudo-Isidor.

Digitized by Google

wendung ihrer Formen gestaltet. Von dieser Auffassung beherrscht, gestattete sodann der Reichsabschied von 1594, § 94, eine derartige Appellation, wenn „außerhalb des Gerichts", d. h. ohne Beziehung auf einen Rechtsstreit, aber dennoch vom Richter „mit beschwerlichen Bescheiden, Geboten oder Verboten" vorgegangen wurde.[15]) Die gleiche Bestimmung beließ das Konzept der Reichskammergerichtsordnung 1613, II. Teil, Titel 31, § 16 in Geltung[16]), welches Operat bis zum JRA. 1654 als bindende Norm behandelt wurde.[17])

So vieldeutig diese Vorschrift war, bewirkte doch die übereinstimmende Auslegung, die ihr die Prozessualisten der zweiten Hälfte des XVIII. Jahrhunderts gaben[18]), daß die Gerichtspraxis und die bayerische Gerichtsordnung[19]) vom Jahre 1753 (XV., § 5, Nr. 6) dieser in der gemeinrechtlichen Prozeßrechtstheorie herrschenden *communis opinio* folgten, wodurch die Extrajudizialappellation als Rechtsmittel gegen Verfügungen in nichtstreitigen Rechtssachen allgemeine Anerkennung fand.[20])

In Österreich hat die gemeinrechtliche Doktrin noch den Codex Theresianus beeinflußt. In dessen Bestimmungen über die Beschwerdeführung gegen die Verwerfung von Exkusationsgründen des berufenen Vormundes und gegen die Erledigung der Vormundschaftsrechnung (I. Teil, Caput VI, Nr. 167, 445, 449, 450) spiegeln sich die bei gemeinrechtlichen Schriftstellern herrschenden Anschauungen über Extrajudizialappellationen deutlich ab.[21])

---

[15]) Bergmann, *Corpus juris germanici*, S. 318.

[16]) Vgl. dessen von Dr. Blume besorgte Ausgabe: Speyer, 1686, S. 196.

[17]) Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, I. Bd., S. 507.

[18]) Wetzell, System des deutschen Zivilprozeßrechts, III. Aufl., S. 771, Note 19, erbringt den näheren Nachweis hierüber.

[19]) Seuffert, Kommentar über die bayerische Gerichtsordnung vom Jahre 1753, Bd. IV, S. 74.

[20]) Über die Entwicklung der Extrajudizialappellation als Rechtsfeststellungsmittel vgl. Weismann, Feststellungsklage, S. 79 ff.

[21]) Während die oben erwähnten Bestimmungen des *Codex Theresianus* durch die dort gebrauchten Wendungen („Berufung an den oberen Richter") der Extrajudizialappellation gedenken, ist an den entsprechenden Stellen des Hortenschen Entwurfes und des Josefinischen bürgerlichen Gesetzbuches 1786 alles in Wegfall gekommen, was an jenes Rechtsmittel erinnert (Horten, I. Teil, Kapitel VI, § 52, 149; Josefinisches bürgerliches Gesetzbuch, I., V., §§ 37, 82), indem alle näheren Bestimmungen über die Beschwerdeführung, als nicht in das bürgerliche Gesetzbuch gehörig, gestrichen wurden (Harras von Harrasowsky, *Codex Theresianus*, IV. Bd., S. 87, Note 34.

Digitized by Google

Um so bemerkenswerter ist der Umschwung, der in den ersten Regierungsjahren Kaiser Josefs II. eintritt. Offenbar beherrscht von dem im fr. 14, D. 42, 1, hervorgehobenen Gegensatze zwischen der rechtlichen Wirkung eines bloßen *jussus judicis* gegenüber seiner *sententia (quod jussit vetuitve praetor contrario imperio tollere et repetere licet; de sententiis contra)*[22]), tritt in dem Hofdekret vom 27. Dezember 1782, Z. 111 JGS. das Rechtsmittel der Vorstellung zum ersten Male auf den Plan.[23]) Es wird angeordnet, daß die Partei, welche durch den Bescheid des Richters erster Instanz beschwert zu sein vermeint, „nicht sogleich den Rekurs an das Appellationsgericht nehmen, sondern vorläufig dem Richter erster Instanz die Gründe, wegen welcher sie sich beschwert achtet und daher die Abänderung seines Bescheides erbittet, vorlegen" soll. „Erst falls die Partei durch die vernommenen Beweggründe des richterlichen Bescheides von der Unstatthaftigkeit ihrer Beschwerde noch nicht überzeugt sein sollte", soll ihr der weitere Rekurs an das Oberlandesgericht offen stehen. Auf diesem Standpunkte verharrte die Beratungskommission des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, als sie daran ging, das Beschwerderecht des Vormundes gegen Verfügungen des Vormundschaftsgerichtes überhaupt im § 268 ABGB. einheitlich zu regeln.[24])

Wie sehr sich die Einführung der Vorstellung in das Rechtsmittelsystem des nicht streitigen Verfahrens bewährte, ergibt sich unwiderleglich daraus, daß deren grundsätzliche Gestaltung, wie sie mit dem erwähnten Hofdektrete Josefs II. erfolgt war, auch bei der Neuregelung des Verfahrens außer Streitsachen, die das

[22]) Zulässigkeit des Rücktritts von der in *officio judicis nobili* getroffenen Verfügung verteidigte in Bemerkungen zu dem fr. 14 D 42, 1 bereits Jo. Franciscus a Ripa 1585.

[23]) In dem an Aufschlüssen über die Kodifikation des bürgerlichen Rechts und des Verfahrens in Streitsachen unter der Regierung Kaiser Josefs II überaus ergiebigen Werke Dr. v. Hocks, Der österreichiche Staatsrat von 1760 bis 1848, findet sich leider nicht die geringste Mitteilung über die Veranlassung und das Zustandekommen dieser gesetzlichen Norm.

[24]) Anstatt des in den einschlägigen Bestimmungen des westgalizischen Gesetzbuches dem Vormunde vorbehaltenen Rekurses wurde über Antrag v. Haans aus Gründen der Zweckmäßigkeit beschlossen, daß dem Vormunde freistehen solle, vorerst bei dem vormundschaftlichen Gerichte gegen dessen Verfügungen überhaupt um Abhilfe anzusuchen und erst, wenn er solche nicht erhält, den Rekurs an den höheren Richter zu nehmen. (Ofner, Beratungsprotokolle des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, I. Bd., S. 192; II. Bd., S. 361, 364). Damit war gegen-

Digitized by Google

Patent vom 28. Juni 1850 (§ 144) brachte, unter einer völlig geänderten Gerichtsorganisation in Geltung blieb. Das dermal maßgebende Gesetz vom 9. August 1854, Z. 208 RGBl. hat lediglich die Bedingung der Ausschließung einer Vorstellung, wenn „Angelegenheiten dritter Personen verflochten sind" (§ 146, Pat. 1850), deutlicher hervorgehoben, indem es dem Richter erster Instanz das Abänderungsrecht entzieht, „insofern dritte Personen aus der angefochtenen Verfügung Rechte erlangt haben" (§ 9 Pat.). Außerdem hat es an Stelle der vordem (§ 144, Pat. 1850) gebotenen Kumulation des Rekurses mit der Vorstellung auch dessen nachträgliche Erhebung vorbehalten (§ 9), was zu billigen ist.

Möge es nach diesem Exkurse gestattet sein, einige bemerkenswerte Details der das außerstrittige Verfahren regelnden Gerichtsinstruktion Kaiser Josefs II. (1785) des näheren ins Auge zu fassen.

Vor allem fällt es auf, daß man in diesem Gesetze Bestimmungen über die Kuratel wegen Verschwendung vermißt, trotzdem dieses Rechtsfürsorgemittel nach dem Vorbilde älterer, in einzelnen Ländern geltender Vorschriften im Codex Theresianus „nicht zwar nach der Natur, sondern nach Erheischung des gemeinen Wohls" Aufnahme[25]) gefunden hatte. Die Erklärung hiefür liegt darin, daß das bürgerliche Gesetzbuch Josefs II, absichtlich[26]) diese Kuratel überging, weil sie „der Freiheit des Eigentums und — zumeist nur höhere Gesellschaftskreise berührend — auch der Rechtsgleichheit" widerstrebe.[27]) Erst der Restaurationsperiode Leopolds II. war es vorbehalten, zum Schutze der bedrohten Familie des Verschwenders diese Rechtseinrichtung in die einheitliche Legislative einzuführen (Pat. 22. Februar 1791, Z. 115 JGS., § 8). Bei Erlassung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches (§ 273) trat bloß die Änderung ein, daß die Kuratelsverhängung nur „auf

über dem Antrage Martinis, der den Vormund zur Geltendmachung seiner Beschwerden auf den Rechtsweg verweisen wollte (Harrasowsky, *Codex Theresianus*, V. Bd., Entwurf Martinis, S. 66, Note 31), ein nicht gering zu veranschlagender Fortschritt erzielt.

[25]) Harras von Harrasowsky, I. Bd., S. 259, Anm. 30. Die Keime dieser Kuratel finden sich im Stadtrechte Brünns (*manipulus juris*, 1353, Nr. 501) und Prags (Koldíns Stadtrecht 1579, D. 39, Abs. 4), fehlen dagegen im böhmisch-mährischen Landrechte.

[26]) Belege für diese Behauptung bieten die Hofdekrete vom 22. Jänner und 8. April 1788, Z. 769, 804 JGS.

[27]) Harras von Harrasowsky, a. a. O., IV. Bd., S. 127.

Digitized by Google

Anzeige" zur Verhütung künftigen Notstandes aller Beteiligten statt hat[28]), obwohl dies die zur Begutachtung des Entwurfs eines allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches vom Jahre 1792 bestellte Kommission in Kärnten widerriet und bereits das Verfahren eingeleitet wissen wollte[29]), wenn jemand in den Ruf der Verschwendung gekommen war. Als Grund hiefür wurde angeführt, daß die Verwandten oft aus Furcht, sich durch eine Anzeige gehässig zu machen, lieber schweigen werden.

Eine fernere Eigentümlichkeit der Josefinischen Gerichtsinstruktion ist es, daß sie von der Konsenserteilung zur Umwandlung eines Realfideikommisses in ein Pekuniarfideikommiß keine Erwähnung macht. Auch hiefür ist die Erklärung in den Anschauungen des Herrschers zu finden, der möglichster Freiheit des Grundbesitzes an sich und unbeschränkter Dispositionsbefugnis des Grundeigentümers insbesondere huldigte. Deshalb wurde mit Patent vom 9. Mai 1785, Z. 424 JGS., jedem Besitzer eines lastenfreien Realfideikommisses gestattet, seine Umwandlung in ein Geldfideikommiß ohne Einvernahme der Anwärter gegen bloßen „Ausweis" des genauen Wertes des Fideikommisses und Erlag der entsprechenden Summe in Staatsschuldverschreibungen zu Gerichtshanden durchzuführen. Erst Kaiser Franz entzog dieses Befugnis mit Hofdekret vom 14. Juni 1798, Z. 420 JGS. den Fideikommißbesitzern, angeblich wegen „zahlreicher Beschwerden".

In einer wichtigen Beziehung ergab sich bald nach Erlassung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches (1811) die Notwendigkeit einer Ergänzung der Josefinischen Gerichtsinstruktion. Sie betraf das Verfahren in Adoptions- und Legitimationssachen, soweit eine *legitimatio per rescriptum principis* in Frage kam, und erfolgte mit Hofdekret vom 11. Jänner 1819, Z. 1535 JGS., in dem Sinne, daß die bezügliche Bewilligung Minderjährigen vom Gerichte zu erteilen sei, jedoch die Bestätigung der Adoption Großjähriger in Gemäßheit des § 181 ABGB. der Landesbehörde vorbehalten bleibe.

Die Weisungen der Gerichtsinstruktion in Depositensachen fanden ihre nähere Ausführung durch eine mit Hofdekret vom

---

[28]) Ofner, Beratungsprotokolle, zit. I. Bd., S. 209.

[29]) *Codex Theresianus* und seine Umarbeitungen, herausgegeben von Harrasowsky, II. Bd.: Entwurf Martinis, S. 72, Note 45.

Digitized by Google

7. Juni 1811, Z. 948 JGS. für alle Landrechte bestimmte „Beschreibung der bei dem niederösterreichischen bestehenden Manipulationsart".

Schon auf den ersten Blick muß es befremden, daß ein Gesetz, das die Tätigkeit des Gerichtes in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf das eingehendste regelt, mit keinem Worte der Amtspflichten der Notare gedenkt, obwohl das Notariat — trotz seines späteren Verfalles — ein ehemals überaus wichtiger Faktor der Rechtsfürsorge war.

Nicht in dem äußerlichen Umstande, daß dieses Gesetz nur Anweisungen für die Gerichte enthalten sollte, ist die Erklärung hiefür zu suchen, sondern in der prinzipiellen Stellung, welche Kaiser Josef II. dem Notariate gegenüber einnahm. Seinem Streben nach Konzentrierung aller Gerichtsbarkeit bei den staatlichen Gerichten, handle es sich nun um Angelegenheiten in oder außer Streitsachen, sollte auch das Notariat geopfert werden. Mit dem Hofdekret vom 3. April 1788, Z. 803 JGS. wurde ohne alle Beschönigung die Absicht des Kaisers eröffnet, nur noch die im Amte befindlichen Notare bis zu ihrem Absterben in Wirksamkeit zu belassen, neue aber nicht mehr zu bestellen. Wenige Monate später (HD. 22. Juli 1788, Z. 620 JGS.) wurde das Notariat selbst an der Wurzel getroffen mit der, aus der allgemeinen Gerichtsordnung vom 1. Mai 1781, § 112, wiederholten kategorischen Bestimmung, daß notarielle Urkunden mit Ausnahme der Wechselproteste der Beweiskraft öffentlicher Urkunden ermangeln. Unter solchen harten Schlägen fristete das Notariat kümmerlich seine Existenz, bis nach den napoleonischen Kriegen ein Umschwung eintrat. In den wiedergewonnenen südlichen Provinzen des Kaiserstaates wurde wenigstens den dort amtierenden Notaren das Recht wiedergegeben, notarielle Urkunden welcher Art immer, mit öffentlicher Beweiskraft zu errichten und etwas später mit der ah. Entschließung vom 4. Juli 1835 der Fortbestand des Notariats im Königreiche Lombardo-Venetien sichergestellt und ihm ein weites Arbeitsfeld eröffnet.[30]) In den übrigen Reichsteilen dagegen siechte es immer mehr dahin. Geraume Zeit dauerte dieser beklagenswerte Zustand, bis endlich

[30]) Vgl. den Vortrag des Justizministers v. Schmerling über die Notwendigkeit der Einführung des Notariats vom 30. April 1850 bei Chiari, Österreichisches Notariat, 1851, S. 162.

Digitized by Google

im Jahre 1844 der Oberste Gerichtshof in einer an die Krone gerichteten Denkschrift seine gewichtige Stimme für das tief daniederliegende Notariat erhob unter Hinweis auf das verderbliche Treiben der Winkelschreiber bei Errichtung von Privaturkunden und auf zahlreiche dadurch veranlaßte Prozesse und Schäden. Das entscheidende erlösende Wort wurde aber erst mit der Erlassung der Notariatsordnung vom Jahre 1850 gesprochen. Kaum wäre es dazu gekommen, wenn nicht der Oberste Gerichtshof mit seinem eindringlichen *Promemoria* hiezu den Anstoß gegeben hätte.

Mehrere Jahrzehnte gingen dahin, ehe eine neue legislative Aktion zur Regelung der freiwilligen Gerichtsbarkeit in ihrem ganzen Umfange von Erfolg gekrönt wurde. Sie nahm ihren Anfang mit einem Auftrage Kaiser Franz' I. vom 15. Oktober 1798, dem gemäß neben der verbesserten und ergänzten allgemeinen Gerichtsordnung als deren zweiter Teil entsprechende Vorschriften über die Behandlung nichtstreitiger Angelegenheiten, soweit sie in der Josefinischen Gerichtsinstruktion geregelt waren, erlassen werden sollten.[31]) Kriegswirren, die infolge der in Frankreich eingetretenen Umwälzung über Österreich hereinbrachen, verhinderten jedoch die baldige Lösung dieser Aufgabe. Eine unter dem Vorsitze des Wiener Landesgerichtspräsidenten, Freiherrn v. Aichen, erst 1817 zusammengetretene Hofkommission befaßte sich hiemit und entwarf einen Plan des in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu schaffenden Gesetzes, dessen Stoffeinteilung sich mit der im k. Patente vom 9. August 1854, Z. 208 RGBl. eingehaltenen deckt und nur darin abweicht, daß in zwei Schlußkapiteln auch Vorschriften über Errichtung von letztwilligen Erklärungen bei Gericht und über die Führung öffentlicher Bücher Aufnahme finden sollten.

Die dringende Notwendigkeit, in den der Monarchie nach den napoleonischen Kriegen wiedergewonnenen Südprovinzen das Gerichtswesen entsprechend zu ordnen, verhinderte die baldige Fertigstellung eines einheitlichen Gesetzes über Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit für alle Reichsteile, in denen das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch in Geltung stand. Als Früchte

[31]) v. Domin-Petrushevecz, Neuere österreichische Rechtsgeschichte (1869), S. 279—281. Erwägungen über die zweckmäßigste Gestaltung des bezüglichen Entwurfes finden sich aus der Feder Pratobeveras in dessen Materialien für Gesetzkunde und Rechtspflege, I., S. 206 ff.

Digitized by Google

der eifrigen Arbeiten und Beratungen der erwähnten Hofkommission erschienen[32]) vielmehr Vorschriften über Verlaßabhandlungen und über das Verfahren in Vormundschafts- und Pflegschaftssachen, die nur in einzelnen, vordem zeitweise unter französischer Verwaltung gestandenen Ländern Geltung fanden, nämlich die Instruktion für die Präturen im lombardisch-venetianischen Königreiche und die fast gleichlautende für die Landgerichte in Tirol und Vorarlberg vom 16. Juli 1824, Nr. 2024 JGS., und für die Bezirksgerichte im Küstenlande vom 15. Juli 1825, woran sich die Instruktion für Gemeindevorsteher und Gerichtsgehilfen, betreffend die „Besorgung reiner Geschäfte des adeligen Richteramts" vom 9. April 1830, Z. 2457 JGS., anschloß.[33]) In gleicher Weise, wie das dermal maßgebende Patent vom Jahre 1854, unterschieden diese Weisungen im § 2 ausdrücklich drei Gruppen von Amtshandlungen im Abhandlungsverfahren: einmal Amtshandlungen zur Erhebung der für das Verfahren erheblichen Umstände und zur etwa erforderlichen Sicherung der Nachlaßmasse; sodann Amtshandlungen zur Ausforschung der wahren Erben und endlich solche, die der Ausantwortung des Erbvermögens an die ihr Erbrecht ausweisenden Erben dienen.

Erst nach Aufhebung des Untertanenverbandes und nachdem die damit zusammenhängenden Patrimonialgerichte beseitigt, an deren Stelle aber neu eingeführte landesfürstliche Gerichte getreten waren, wurde mit Patent vom 28. Juni 1850, Z. 255 RGBl., ein einheitliches Reichsgesetz für jene beiden besonderen Zweige freiwilliger Gerichtsbarkeit geschaffen, die in den erwähnten Instruktionen für einzelne Kronländer geregelt waren Dieses Patent brachte in seinen Schlußbestimmungen (§ 144—149) auch grundsätzliche Anordnungen über die Rechtsmittel in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Der a. u. Vortrag, womit es der Justizminister zur Sanktion unterbreitete (28. Beilageheft zum Reichsgesetzblatt vom Jahre 1850, S. 171 ff.), hebt hervor, daß ein allgemeines Gesetz über sämtliche Gegenstände des Verfahrens außer Streitsachen nicht erlassen werden konnte, weil die Ausbildung und Befestigung

---

[32]) Domin, l. c. S. 285.

[33]) Den Vorläufer dieser Instruktion bildete die mit HfD. vom 3. November 1803, Z. 635 JGS., für die galizischen Grenzkämmerer erlassene.

Digitized by Google

einzelner ins Leben gerufener Institutionen vorläufig abgewartet werden müsse.

Obwohl der Minister sich nicht der Einsicht verschloß, daß das auf Gesetz und Übung gleichmäßig basierte Verfahren bei Verlaßabhandlungen eine vielseitige Verbesserung und eine einfachere, vom richterlichen Einflusse unabhängigere Geschäftsbehandlung zuließe, konnte er sich dazu nicht entschließen. Zahlreiche Bedenken standen dem im Wege; insbesondere werden als solche hervorgehoben, daß „das dermal übliche Verfahren, eben weil es durch das natürliche Bedürfnis im Laufe der Zeit herangebildet wurde, im Geschäftsverkehr bereits tiefe Wurzeln geschlagen hat; ferner daß dieses Verfahren mit anderen im bürgerlichen Rechte noch aufrecht stehenden Grundsätzen, deren Änderung ohne reiflichste Prüfung des mit Recht so hochgestellten allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches in seiner Gesamtheit wohl nicht angemessen wäre, in einer solchen innigen Wechselwirkung steht, daß es nicht ohne nachteilige Folgen bleiben könnte, wenn das Verfahren in Verlassenschaftsabhandlungen schon derzeit einer völligen Umwandlung unterzogen und den die richterliche Hilfe Suchenden, sowie den Richtern, die sich ohnehin in so viele neue Formen hineinleben müssen, die Notwendigkeit aufgedrungen würde, sich auch hier auf völlig fremdem Boden zu bewegen."

Gleichzeitig wurden mit einer Verordnung des Justizministers vom 29. Juni 1850, Z. 257 RGBl., die Bestimmungen des Hofdekretes vom 11. Jänner 1819, Z. 1535 JGS., im Sinne ausschließlicher Kompetenz der Gerichte geändert, d. h. auch in Adoptionssachen Großjähriger die im § 181 ABGB. anerkannte Kompetenz der Landesstelle aufgehoben.

Die bei Aufhebung der Patrimonialgerichtsbarkeit notwendig gewordene Übernahme und Aufbewahrung der gerichtlichen Depositen durch die Steuerämter veranlaßte den Minister der Justiz und der Finanzen, eine Instruktion für die kassenmäßige Behandlung des Waisen-, Kuranden- und Depositenvermögens (16. November 1850, Z. 448 RGBl.) für die meisten Kronländer dieser Reichshälfte zu erlassen.

Bald stellte sich aber die unabweisliche Notwendigkeit heraus, sämtliche Zweige der freiwilligen Gerichtsbarkeit den geänderten Lebensverhältnissen durch präzise Vorschriften anzupassen. Es erschien dies um so dringender geboten, weil inzwischen auch das

Digitized by Google

Notariat sich aus seiner unwürdigen Lage erhoben und nach dem Vorbilde des französischen Rechts einen weiten Wirkungskreis gewonnen hatte. Mit dem Gesetze vom 29. September 1850, Z. 366 RGBl., wurden nämlich die Notare als Amtspersonen zur Errichtung von öffentlichen Urkunden über Rechtsgeschäfte und zur Beurkundung einzelner rechtserheblicher Tatumstände *sub fide publica* (Wechselproteste, Legalisierung, Vidimierung, Bestätigung des Datums oder der Übersetzung einer Urkunde, Lebenszeugnisse) berufen, außerdem aber der Notariatszwang in weitem Umfange eingeführt. Leider wurde in letzterem Punkte allzu weit gegriffen, weshalb binnen kürzester Frist in dieser Beziehung wieder zurückgewichen werden mußte.[34])

Endlich nahte der Zeitpunkt, in welchem die reiflich erwogenen und geprüften Operate der im Jahre 1817 eingesetzten Hofkommission den gesetzgeberischen Stempel erlangen sollten. Als nämlich in der Mitte des verwichenen Jahrhunderts der nach kurzer Unterbrechung neuerlich zur Herrschaft gelangte Absolutismus den Versuch unternahm, die Rechtseinheit in der ganzen Monarchie durchzuführen, wurde vor allem für Ungarn und seine Nebenländer[35]) mit dem kaiserlichen Patente vom 29. November 1852 ein alle Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit, mit Ausnahme der Grundbuchssachen, umfassendes Gesetz erlassen, das mit geringen Abänderungen mit Patent vom 9. August 1854,

---

[34]) In Verkennung der Bedeutung, welche einer bedächtigen Fortbildung des Rechts im Gegensatze zu sprunghaften Reformen zu eigen ist, hat die Notariatsordnung vom Jahre 1850 entgegen dem im allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche festgehaltenen Prinzipe der Formlosigkeit von Verträgen (§ 883 ABGB.) mit einem Schlage den Notariatszwang für alle einverleibungsfähigen Privaturkunden, für alle Wechselproteste und endlich für gewisse Rechtsgeschäfte in weiterem Umfange, als es mit dem Gesetze vom 25. Juli 1871, Z. 76 RGBl., geschah, im § 3, 4 statuiert. Außer den Erzherzogtümern Österreich ob und unter der Enns und dem Herzogtum Salzburg wurde dieser Zwang in den übrigen Kronländern gar nicht eingeführt und in den gedachten baldigst beseitigt. Zahlreiche Beschwerden über den allzugroßen Formalismus der ersten Notariatsordnung (1850) führten dazu, daß nach einer kurzen Spanne Zeit die zweite Notariatsordnung am 21. Mai 1855, Nr. 94 RGBl., die Sanktion erlangte, deren zahlreiche Mängel mit der dermal geltenden Notariatsordnung vom 25. Juli 1871, Z. 75 RGBl., beseitigt wurden.

[35]) Publiziert mit MV. vom 17. Dezember 1852, Nr. 263 RGBl., ohne Abdruck des Gesetzestextes im Reichsgesetzblatt; für Siebenbürgen mit Textesabdruck gemäß MV. vom 15. Juni 1856, Nr. 109 RGBl.

Digitized by Google

Z. 208 RGBl. für den Umfang der Gesamtmonarchie Geltung fand. Es war dies das erste Gesetz über Verfahren außer Streitsachen, das für dieses im Rechtsleben so überaus wichtige Gebiet der Gerichtsbarkeit über die wesentlichsten allgemeinen Fragen grundsätzliche Bestimmungen traf, außerdem aber die einzelnen Zweige der freiwilligen Gerichtsbarkeit — mit der oben berührten Ausnahme — im Detail normierte.

In Ungarn und Siebenbürgen war diesen gesetzlichen Bestimmungen keine lange Geltung beschieden. Zufolge der von der Krone genehmigten Beschlüsse der Judexkurialkonferenz vom 23. Juli 1861 haben sie ihre verbindliche Kraft dort eingebüßt. Für Verlaßabhandlungen sind gleichzeitig im XIV. Hauptstück (§§ 163 bis 172) der erwähnten Beschlüsse besondere Vorschriften gegeben worden.[86])

In den übrigen Königreichen und Ländern des Kaiserstaates, insbesondere auch in Kroatien und Slawonien hat das k. Patent vom 9. August 1854 bereits das Jubiläum seiner fünfzigjährigen Geltung gefeiert. Wenn immerhin seine Reformbedürftigkeit nach mancher Richtung sich ergab und auch von der Justizverwaltung zugestanden wird, so muß doch allgemein anerkannt werden, daß an den Grundsätzen, auf denen dermal das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit fußt, nicht gerüttelt werden darf, vielmehr nur Reformen im einzelnen als notwendig erscheinen.

[86]) Provisorische Normen für die Rechtspflege in Ungarn nach den Anträgen der Judex-Kurialkonferenz 1861 (Pest 1861), S. 50. Dermal gelten als Norm für Verlassenschaftsabhandlungen im Königreich Ungarn die Vorschriften der Gerichtsordnung, GA. LIV., vom Jahre 1868, §§ 559—594, und über Amtszeugnisse §§ 543—558, deren fernere Geltung von dem Gesetzart. LIX des Jahres 1881 nicht berührt wurde.

Digitized by Google

VIII. Das Rechtsfürsorgeverfahren in der Rechtslehre und Literatur der neueren Zeit; Versuche seiner Abgrenzung vom Prozesse in der Rechtstheorie.

Die Bestimmung des Gegenstandes der freiwilligen Gerichtsbarkeit hat mit einer doppelten Schwierigkeit zu kämpfen. Die eine ergibt sich aus dem Stande der Theorie, die andere aus der Art der legislativen Anordnung des in Betracht kommenden Stoffes.

Die ältere Literatur ist vollends unzureichend, die neuere schwankt in der Kardinalfrage nach dem Wesen der freiwilligen Gerichtsbarkeit und die nach der historischen Entwicklung des gemeinen Rechts Österreich nächstverwandte, nämlich die Literatur Deutschlands, leidet empfindlich unter der staatsrechtlich unabweislichen[1]), aber prinzipiell verfehlten, bruchstückweisen Regelung der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit dem Reichsgesetze vom 17. Mai 1898.

Eine selbständige wissenschaftliche Behandlung der freiwilligen Gerichtsbarkeit datiert aus später Zeit. Trotz sorgfältiger Pflege des gemeinen Prozeßrechts an den Hochschulen Deutschlands wurde das Verfahren außer Streitsachen bis in das verwichene Jahrhundert einer umfassenden, wissenschaftlichen Bearbeitung nicht für würdig befunden.

Unzureichende Anläufe zu diesem entfernten Ziele enthält die im XVII. Jahrhundert den größten Umfang erreichende Dissertationenliteratur. Es waren dies für die *collegia privata* geschriebene Abhandlungen, in welchen die einzelnen Abschnitte des Systems einer Rechtsdisziplin nacheinander methodisch dargestellt wurden.

---

[1]) Gemäß Art. 32 EG. zum deutschen BGB. und § 1 Ges. vom 17. Mai 1898 (RGBl. 1898, S. 189) regelt letzteres nur diejenigen Angelegenheiten freiwilliger Gerichtsbarkeit, die durch Reichsgesetz den Gerichten übertragen sind, soweit nicht ein anderes bestimmt ist.

Digitized by Google

Für unseren Zweck kommen in Betracht die Dissertation des gesuchten und beliebten Tübinger Rechtslehrers, Wolfgang A. Lauterbach, *De voluntaria jurisdictione* (Tübingen, 1658), die lediglich die Ergebnisse der damaligen gemeinrechtlichen Doktrin in der sogenannten Ramistischen Methode darstellt, und die weit unbedeutenderen C. A. Becks, *De officio judicis nobili et mercenario* (Jena, 1733) und J. E. Schröters, *De divisione jurisdictionis in voluntariam et contentiosam* sowie *De proprietatibus voluntariae jurisdictionis* (Erlangen, 1747, 1748). Der letztgenannte Verfasser legt dar, wie unpassend die Anwendung des römisch-rechtlichen Begriffs der *jurisdictio voluntaria* auf die Verhältnisse des XVIII. Jahrhunderts sei, gelangt aber selbst auch nicht zu befriedigenden Resultaten.

Mit gutem Grunde hat bereits vor einem Jahrhundert (1804) der gründliche Kenner und tüchtige Lehrer des gemeinen Prozeßrechts, Gönner[2]), es ernstlich gerügt, daß das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine bei den Vorträgen ganz vernachlässigte Partie sei und darauf gedrungen, daß die Theorie des gerichtlichen Verfahrens, wenn sie auf Vollständigkeit Anspruch machen will, auch davon handeln müsse. Doch verhallte seine Mahnung spurlos.[3]) Denn selbst zu einer Zeit des Wirkens ausgezeichneter Lehrkräfte an den Hochschulen Deutschlands während der ersten drei Jahrzehnte des vorigen Jahrhunderts und gewissenhafter Pflege des gemeinen Gerichtsverfahrens wurden nach dem maßgebenden Zeugnisse Ferd. Österleys[4]), des ersten systematischen Bearbeiters der Lehre von der freiwilligen Gerichtsbarkeit (1830), auch nicht an einer deutschen Universität Vorlesungen hierüber gehalten.

Erst im vierten Jahrzehnte erging in Württemberg[5]) (Tübingen) an einen bewährten praktischen Juristen der Auftrag zu Vorträgen über freiwillige Gerichtsbarkeit zu dem Zwecke, „um den rechtswissenschaftlich Gebildeten allgemeine Grundsätze an die Hand zu geben, während dem, mit der Rechtstheorie nicht vertrauten Praktiker die Rechtsgrundsätze bezeichnet werden, welche die wissen-

[2]) Handbuch des Prozesses, I. Bd., 1804, Abhandlung V, § 5.

[3]) Nicht einmal ein Lehrbuch über freiwillige Gerichtsbarkeit existierte, wie W. Puchta in der Abhandlung über die Grenzen des Richteramts in bürgerlichen Rechtssachen (1819), S. 24, Anm. 13, lebhaft beklagte.

[4]) Versuche aus dem Gebiete der sogenannten freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1830, S. XIX.

[5]) Jeitter, Handbuch über die Behandlung der Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Württemberg, 1832, S. VI.

Digitized by Google

schaftliche Begründung der früher nur mechanisch eingeübten und gleichsam handwerksmäßig betriebenen Geschäftsbehandlung für ihn enthalten". Doch mögen diese Vorträge nur ein vereinzelter Versuch gewesen sein, überwiegend dem Bedürfnisse der Praxis entgegen zu kommen. Es wäre sonst unerklärlich, wie noch ein halbes Jahrhundert später (1882) ein bayerischer Amtsrichter, J. Wagner[6]), darüber hätte klagen können, daß „an den Hochschulen für diesen Zweig des gerichtlichen Verfahrens ein genügender systematischer Unterricht nicht eingeführt ist und daß es auch an einem Werke fehlt, welches das geltende Recht im ganzen systematisch darstellt".

In der Tat war die Zahl der dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit gewidmeten Schriften eine geringe, ihr Inhalt zumeist mager und die Behandlungsweise flach.[7]) In der Regel waren es primitive Anleitungen für die Praxis, deren Schwerpunkt in zahlreichen beigefügten Formularen lag.

Bei diesem Stande der Dinge war es auch im praktischen Rechtsleben mit der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht zum Besten bestellt. Häufig herrschte in Verkennung des diesem Geschäftszweige beigelegten Namens der „willkürlichen Gerichtsbarkeit" das reinste freie Ermessen, wenn nicht gar bloße Willkür!

Glänzend tritt neben der literarischen Ware, die bloßen juridischen Tagewerkern dienen konnte, eine gründliche und gedankentiefe Schrift des Hannoveraners Dr. Österley: Versuche aus dem Gebiete der sogenannten freiwilligen Gerichtsbarkeit (1830) hervor, ein Werk, gering an Umfang, aber reich an Inhalt. Die Arbeit will die Aufgabe lösen, darzulegen, was den Gegenstand der freiwilligen Gerichtsbarkeit bildet und welche wissenschaftliche Methode bei seiner Behandlung gewählt werden muß. Ersteren erblickt ihr Verfasser in der Befugnis und Pflicht eines Gerichts, vermöge deren es bei der Entstehung neuer oder Erhaltung, Veränderung und Aufhebung vorhandener Rechtsverhältnisse konkurriert zum Zwecke der Sicherung gegen Rechtsver-

---

[6]) Handbuch des amtsrichterlichen Verfahrens in der freiwilligen Rechtspflege für Bayern (1882), in der Vorrede, S. III.

[7]) Die besten Schriften dieser Gattung sind: Dr. Justus Claproth, Theoretisch-praktische Rechtswissenschaft von freiwilligen Gerichtshandlungen (Göttingen, 3. Aufl., 1789); v. Trützschler, Anweisung zur Abfassung rechtlicher Aufsätze insonderheit über Handlungen der willkürlichen Gerichtsbarkeit (Leipzig, 3. Aufl., 1793), in zwei Bänden.

Digitized by Google

letzung (S. 43, 45). Außerdem finden in der Schrift zwei historische Detailfragen aus dem römischen Rechte ihre Erörterung, nämlich was der Ausdruck *jurisdictio voluntaria* in fr. 2 D. I, 16, bedeutet und von welchem Gesichtspunkte aus die *legis actiones* als Akte der altrömischen freiwilligen Gerichtsbarkeit zu betrachten sind. Der Verfasser dieses Werkes erhärtete seine hervorragende Begabung in der Folge als Schöpfer einer ausgezeichneten historisch-dogmatischen Arbeit über das deutsche Notariat (Hannover, Bd. I, 1842; Bd. II, 1845).

Eine umfassendere, gleichfalls wertvolle literarische Erscheinung, der in ihrer ersten Auflage der Zeitfolge nach der Vortritt vor der eben erwähnten gebührt, ist das Handbuch des gerichtlichen Verfahrens in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit des bayerischen Richters Dr. Wolfgang Heinrich Puchta (1820; II. Auflage 1831).

Mit diesem Werke wurde dem Bedürfnisse nach einem der freiwilligen Gerichtsbarkeit ausschließlich gewidmeten Lehrbuche genügt, das sich seit lange her geltend machte. In zwei Bänden behandelt Puchtas Handbuch seinen Gegenstand auf Grund des gemeinen Rechts und der Praxis im allgemeinen und (im II. Bande) nach den einzelnen besonderen Zweigen des außerstrittigen Verfahrens klar und übersichtlich. In allen Ausführungen Puchtas zeigt sich ein reiferer praktischer Sinn; um aber insbesondere auch den Anforderungen des mannigfach verzweigten Rechtslebens zu genügen, werden passende Formulare eingeschaltet. Das Werk hat durch seine Verbreitung in den Kreisen aller Geschäftsmänner in Gerichtsstuben und Anwaltskanzleien auf die Gestaltung der Praxis als einer wahrhaft juristischen auf das vorteilhafteste eingewirkt. Es hat erzielt, daß die freiwillige Gerichtsbarkeit über das Niveau einer durch mechanische Übung erworbenen handwerksmäßigen Tüchtigkeit in Geschäften emporgehoben wurde. Für die Lösung der Frage, was Gegenstand der freiwilligen Gerichtsbarkeit sei, blieb die besprochene Schrift von nachhaltigstem Einfluß; sie erkennt ihn „in der sicheren Begründung der durch den bürgerlichen Verkehr bezweckten Rechte im nichtstreitigen Verhältnisse, sowie in Aufrechterhaltung des Rechtszustandes gegen mögliche Gefährdungen“ (I, S. 10).

Das Verdienst, die Ergebnisse gemeinrechtlicher Theorie und Praxis betreffs der freiwilligen Gerichtsbarkeit klar und über-

Digitized by Google

sichtlich, wenngleich in knapper Form unter Berücksichtigung der Gesetzgebung Sachsens, Preußens und Österreichs zusammengefaßt zu haben, gebührt dem unter dem Schlagworte: Willkürliche Gerichtsbarkeit in Weiskes Rechtslexikon (XIV. Bd., S. 637 ff. und als Sonderabdruck 1860) veröffentlichten Aufsatze des Rechtanwalts Julius Merkel. Dem Notariat wurde hiebei eine wohlwollende und eingehende Behandlung zu teil.

Mit Genugtuung und Befriedigung ist die Erscheinung zu begrüßen, daß die freiwillige Gerichtsbarkeit weit früher als im Deutschen Reiche in unserem Heimatsstaate an Hochschulen und in der Fachliteratur reger Pflege teilhaftig wurde. Bereits die Instruktion der Kaiserin Maria Theresia, betreffend die Einrichtung der Studien an der Prager Rechtsfakultät (HD. vom 9. Februar 1754), gebot, daß die Vorträge über die Gerichtspraxis in gleicher Weise, wie es mit dem Reskript vom 31. Oktober 1740 verfügt worden war, abzuhalten sind, das heißt, daß sie eine Darstellung der *praxis bohemica* unter Zugrundelegung des gemeinen Rechtes zu bieten haben. Bald darauf wurde eine besondere ordentliche Kanzel für Vorträge über die Gerichtspraxis, die für die Hörer des vierten Jahres der Rechtsstudien bestimmt waren (HD. vom 20. Dezember 1800), statt der bis dahin bestandenen außerordentlichen errichtet. Mit dem Studienregulativ Leopolds II. (HD. vom 29. Jänner 1791) wurde verfügt, daß diese Vorlesungen „die österreichische praktische Privatrechtsgelehrsamkeit" zu behandeln haben. Vor einem Jahrhundert, nämlich mit dem Hofdekret vom 21. Oktober 1805, erfolgte die zweckmäßige Anordnung, daß neben der Gerichtsordnung und Jurisdiktionsnorm auch die das nichtstreitige Verfahren regelnde Gerichtsinstruktion Kaiser Josefs II. im vierten Jahre den Gegenstand der Vorlesungen zu bilden hat, wobei Fügers Werk „Das adelige Richteramt" als Leitfaden für die Vorträge zu benutzen war (HD. vom 13. Juli 1810, Abs. 7). In Konsequenz dieser Studieneinrichtung wurde schließlich (HD. vom 7. September 1810) verordnet, daß die Kandidaten der juridischen Doktorswürde bei dem vierten tentamen rigorosum auch gründliche Kenntnisse im Bereiche der freiwilligen Gerichtsbarkeit, neben jenen aus dem Prozeßrechte, dartuen müssen.[8])

[8]) Schnabel, Geschichte der juridischen Fakultät an der Hochschule zu Prag (1827), II., S. 35, 137; III., S. 16, 27, 30, 33 (162), 105.

Digitized by Google

Die Berücksichtigung des nichtstreitigen Verfahrens in der Studienordnung bot die Anregung zu literarischen Versuchen, um nicht bloß das Studium zu erleichtern, sondern auch der Praxis eine erwünschte Handhabe zu gewähren. Die Verfasser ähnlicher Schriften waren gegenüber jenen in Deutschland dadurch bedeutend im Vorteile, daß die Josefinische Gerichtsinstruktion die einheitliche, leicht zu ergänzende Quelle des zu behandelnden Gesetzesstoffes bildete.

Hart an der Grenze des XVIII. und XIX. Jahrhunderts hat ein Landesadvokat in Böhmen, Dr. Leonard Stöhr, ein Lehrbuch über die praktische Rechtswissenschaft (1800) erscheinen lassen, worin (I. Bd., S. 70) als besondere Zweige der freiwilligen Gerichtsbarkeit bezeichnet und sodann in übersichtlicher Anordnung und Darstellung behandelt werden: das Verfahren bei Verlassenschaften, in Vormundschafts- und Grundbuchssachen. Dabei wird vom Verfasser bei Aufzählung der einzelnen Gebiete des Verfahrens außer Streitsachen die richtige Bemerkung gemacht, daß die richterliche Tätigkeit auf diesem Felde mit vollem Rechte als „adeliges Richteramt“ *judicis nobile officium* bezeichnet werde, weil „es eine edlere Beschäftigung ist, das Eigentum der Bürger ohne vorhergegangene Streitigkeiten zu sichern, als jene, dasselbe erst nach einem vollführten Streite zuzuerkennen und zu erteilen“.[9])

Wenig später gab A. W. Gustermann unter dem Titel: Österreichische Privatrechtspraxis (Wien, II. Aufl. 1805) ein Werk heraus, das im zweiten Bande das Verfahren außer Streitsachen klar und gründlich darstellt und zahlreiche Spuren der Benützung der gemeinrechtlichen Literatur an sich trägt.

Abgesehen sodann von der praktischen Anleitung in Verlassenschaftssachen, die kurz nach Einführung des allgemeinen

---

[9]) Den gleichen Gedanken hat nach Stöhr der oben erwähnte ausgezeichnete Praktiker und Bahnbrecher auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Puchta, in seinem Handbuche des Verfahrens freiwilliger Gerichtsbarkeit, I., S. 150, mit den begeisterten Worten zum Ausdrucke gebracht, daß dem Richter im Prozesse immerhin mehr Gelegenheit dargeboten wird, mit seinem Talent und seinem Wissen zu glänzen, aber im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit sei sein Verdienst zwar unmerklicher, jedoch bedeutsamer und dauernder, da der Same, den er säet, sein Andenken bewahrt bei vielen Familien und ganzen Gemeinden. Ähnlich äußert sich Pratobevera (Materialien, I., S. 208) und Harrasowsky, Grundzüge der Verlassenschaftsabhandlung (1862), S. 78.

Digitized by Google

bürgerlichen Gesetzbuches ein gewiegter Praktiker, der Prager Magistratsrat Dominik Kostetzky (1814), den Gerichten als dankenswertes Hilfsmittel für ein korrektes Vorgehen bei Verlaßabhandlungen unter der Herrschaft neuer materiellrechtlicher Normen widmete[10]), hat das in rasch aufeinander folgenden Auflagen allgemein verbreitete Werk Fügers: Das adelige Richteramt (drei Bände) die Gerichtssäle und Advokatenstuben bald vollends beherrscht. Die späteren Auflagen[11]) wurden von den Wiener Hochschulprofessoren Wagner und Haimerl ergänzt, die letzten von einem Praktiker besorgt. Eine Bemerkung kann aber nicht unterdrückt werden. Weder der systematischen Anlage nach[12]), noch auch nach Art der Behandlung des Stoffes vermögen alle vorerwähnten, auf Grund der älteren österreichisch-rechtlichen Vorschriften verfaßten Arbeiten einem streng wissenschaftlichen Maßstabe zu genügen. Nicht zu unterschätzende Dienste jedoch haben sie für die Ausbildung der Praxis geleistet. Durch klare Gesetzesauslegung und Zusammenstellung aller über die einzelnen Gegenstände freiwilliger Gerichtsbarkeit geltenden Normen haben sie eine gründliche Kenntnis des positiven Rechtsstoffes angebahnt und hiedurch nicht weniges zu der verdienten Anerkennung beigetragen, deren sich die Handhabung der freiwilligen Gerichtsbarkeit bei österreichischen Gerichten im Auslande erfreute. Zahlreiche Detail- und Streitfragen (z. B. das Vorgehen des Gerichtes bei kollidierenden Erbserklärungen) fanden in der bekannten Wagnerschen Zeitschrift allseitige und eingehende Erörterung[13]) und wiesen der späteren Gesetzgebung die bei Lösung einzelner Pro-

---

[10]) Theoretisch-praktische Anleitung zur Behandlung der Erbschaftssachen, Wien, 1814.

[11]) Die dritte Auflage (1823) und die vierte (1830) hat Prof. Wagner, die fünfte (1836) Prof. Haimerl, die sechste (1841) und siebente (1845) der Finanzprokuratursbeamte Kalessa durchgesehen und bearbeitet.

[12]) Der erste Teil Fügers handelt von dem Verfahren in Verlassenschaftssachen, der zweite von Vormundschafts- und Kuratelsgeschäften, der dritte handelt von gerichtlichen Depositen, von der Amortisation, von Fideikommißsachen, von der Legalisation und Vidimation, aber auch in einem besonderen Kapitel von der Scheidung und Trennung der Ehe, endlich vom Rekurse im nichtstreitigen Verfahren. Beigefügt ist sodann eine Abhandlung über öffentliche Bücher und Tabularverfahren.

[13]) Wagners Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit und politische Gesetzkunde, 1825, I., Nr. 4; 1826, II., Nr. 34; 1835, II., Nr. 26, S. 177 ff.

Digitized by Google

bleme einzuschlagende Richtung. Nicht verhehlt soll aber werden, daß diese Ausführungen, unbeschadet ihrer Gründlichkeit, nicht mehr von der freien, geistvollen Auffassung durchweht waren, die den Leser der „Materialien" eines Pratobevera fesselt und anregt. Häufig weicht scharfsinnige Auslegung einer ermüdenden, öden Silbenstecherei.[14]) Es fehlte an der zur wissenschaftlichen Durchdringung des Gesetzesstoffes erforderlichen Frische und Energie der Forschung und literarischen Diskussion.

Kein Befremden kann es erregen, daß in der bisher berücksichtigten heimischen Rechtsliteratur die grundlegende Frage, was den Gegenstand der freiwilligen Gerichtsbarkeit bildet, einer näheren Würdigung nicht begegnete, weil eben das positive Recht in zusammenfassender Weise alle einschlägigen Rechtseinrichtungen der Regelung unterzogen hat. Untersuchungen darüber vom Standpunkte der Theorie wurden erst angestellt, als das Prozeßrecht systematische Bearbeitung erfuhr.

In der neueren Literatur herrscht fast einmütige Übereinstimmung darüber, daß nur der Zweck über Gegenstand und Umfang des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit entscheide und nicht die hiebei zur Anwendung gelangenden Mittel. Am präzisesten hat dies einer der hervorragendsten Prozessualisten Österreichs, Anton Menger[15]), mit der Wendung ausgesprochen, daß der Prozeß Repressivjustiz ist, d. h. in der Unterdrückung des bereits in die Erscheinung getretenen Zivilunrechts seinen Zweck erblickt, das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit dagegen Präventivjustiz ist, d. i. auf die Vorbeugung künftig möglicher Rechtsbeeinträchtigung abzielt. Obwohl diese Auffassung zahlreiche Vertreter zählt[16]), hat in der neueren Literatur der seit

[14]) Über eine ähnliche Erscheinung in der gleichzeitigen Literatur des allgemeinen Privatrechts in Österreich klagte Unger in Schletters Jahrbüchern der deutschen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, I. Heft, S. 353 ff.

[15]) System des österreichischen Zivilprozeßrechts (1876), I. Teil, S. 21.

[16]) Schon Stöhr in dem oben erwähnten Lehrbuch über die praktische Rechtswissenschaft (1800); dann Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten, 1792, III. Teil, 1. Abt., S. 88, insofern, als er den Zweck des Verfahrens im allgemeinen, und in der zweiten Ausgabe des III. Teils, S. 93, geradezu den Schutz des Rechts für die Zukunft als entscheidend betrachtet; weiter Schmid, Handbuch des gemeinen deutschen Zivilprozesses, 1843, I., S. 32; Osterloh, Lehrbuch des gemeinen Zivilprozesses, 1856, S. 14; Julius Merkel, Notariat und willkürliche Gerichtsbarkeit, 1860, S. 2; Fitting, Reichszivil-

Digitized by Google

dem Hingange Plancks das größte Ansehen genießende Prozessualist Deutschlands, Wach in Leipzig (1885), die Formulierung Mengers als ungenügend und unzutreffend bemängelt[17]), trotzdem auch er das Zweckmoment für das maßgebende erachtet. Er findet es aber nicht in einem Vorbeugen künftigen Rechtsverletzungen, sondern in der Rechtsgestaltung, d. i. nicht bloß Begründung, sondern auch Fortentwicklung und Veränderung der Rechtsverhältnisse. Als Aufgabe der sogenannten *jurisdictio voluntaria* bezeichnet er die „Tätigkeit der Staatsgewalt zwecks Gestaltung, nicht zwecks Aufrechterhaltung der konkreten Privatrechtsordnung". „Ihre Bewährung fällt der kontentiösen Gerichtsbarkeit zu" (S. 53). Er meint, daß „gewichtige Zwecke der freiwilligen Gerichts-

---

prozeß, 1878, S. 11; v. Canstein, Lehrbuch der Geschichte und Theorie des österreichischen Zivilprozeßrechts, 1880, I., S. 28; Bernatzik, Rechtssprechung und materielle Rechtskraft (1886), S. 56; Planck, Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter (1879), Bd. I., S. 1: Die Aufgabe des Gerichts ist, das bestehende Recht zu verwirklichen, begangene Störungen auszugleichen, künftigen vorzubauen.

[17]) Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 1885, I. Teil, S. 52, 53. Schon zuvor hat Friedrich Drechsler in einem Aufsatze: Über die Begriffe Zivilprozeß und Rechtsstreit (Archiv für zivil. Praxis, 62. Bd., S. 408 ff.) gegen Mengers Charakteristik des Prozesses als Repressivjustiz und des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit als Präventivjustiz Einspruch erhoben und die Behauptung aufgestellt, daß das Verfahren außer Streitsachen zum Teile und nach Umständen auch zur Beseitigung eingetretener Rechtsverletzung, z. B. durch die Tätigkeit der Vermittlungsämter, bei freiwilligen Liquidationen und Verlassenschaftsabhandlungen dient und andrerseits der Prozeß auch einer dem ferneren Rechtsbestande drohenden Gefahr die Stirn bieten soll, wenn das materielle Privatrecht einen Anspruch auf derartigen Schutz einräumt. Dagegen ist aber zu erwägen, daß bei uns die Tätigkeit der Vermittlungsämter keine Funktion der Gerichte bildet, vielmehr zu deren Entlastung den politischen Behörden oder besonders berufenen Gemeindevermittlungsämtern zugewiesen wurde (HfD. vom 16. Jänner 1801, Z. 516 JGS., MV. vom 10. Dezember 1850, Z. 142 LVBl. für Böhmen, dann vom 18. Juli 1853, Z. 114 RGBl.; Gesetz über letztere Ämter vom 21. September 1869, Z. 150 RGBl.). Betreffend die freiwilligen Liquidationen und Verlaßabhandlungen können sie drohende Rechtsverletzungen verhüten und im vorhinein beschwören, niemals bereits entstandene beseitigen. Was sodann den zweiten von Drechsler beigebrachten Grund anbetrifft, anerkennt er selbst, daß der Rechtsstreit in dem von ihm bezeichneten Falle zur Durchsetzung eines nicht erfüllten, d. i. verletzten Anspruches auf Bestellung einer Sicherheit dient. Sonach kann mit diesen Gründen das Kriterion Mengers rücksichtlich der Scheidung beider Gebiete der Gerichtsbarkeit als ein verfehltes nicht mit Erfolg bekämpft werden.

Digitized by Google

barkeit sich nicht dem Präventivzwecke unterordnen lassen (z. B. Vormundsbestellung)" und „aller Prozeß wirke vorbeugend" (S. 52). Bedeutsam ist, daß Wach selbst zugestehen muß, daß sein Kriterion der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht durchgreifend ist, weil trotzdem, daß „rechtsgestaltende Staatsbeteiligung" freiwillige Gerichtsbarkeit genannt wird (S. 54) auch „im Prozesse neue Rechte, Rechtsverhältnisse entstehen", obwohl, wie er meint, „soweit sie privatrechtlich sind, ihre Entstehung sekundäre Tatsache ist" (S. 53).[18])

Von nicht zu unterschätzender Bedeutung ist es, daß gerade die scharfsinnigsten Anhänger der Wachschen Theorie vom Rechtsschutzanspruch, Langheineken[19]) und Hellwig[20]) ihrem Meister in der hier berührten Frage nicht folgen. Ersterer findet ohne Hehl, daß Wachs „Gesichtspunkt für die Abgrenzung der freiwilligen von der streitigen Gerichtsbarkeit nicht verwertbar ist" und letzterer hat in seinen geistvollen Ausführungen indirekt das gleiche ausgesprochen, wenn er von seinem bewährten Führer darin abweicht, daß er neben den Feststellungs- und Leistungsklagen noch eine dritte Klagentype der Rechtsgestaltungsklagen aufstellt und den hierüber ergehenden rechtskräftigen Urteilen die unmittelbare Begründung einer Rechtswirkung beimißt. Seiner Auffassung nach „gehört auch die Mitwirkung bei der Rechtsgestaltung dem Wesen nach zur streitigen Gerichtsbarkeit, wenn ein privates Recht auf die Schaffung des neuen oder auf die Aufhebung eines bestehenden Rechtsverhältnisses besteht".

---

[18]) Die Auffassung Wachs teilen Hellmann in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik, XXXI. Bd., S. 82; Stein in Birkmeyers Enzyklopädie der Rechtswissenschaften (I. Aufl., 1901, S. 1197; II. Aufl., 1904, S. 953); sodann Dr. Eugen Josef, Lehrbuch des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit (1902), S. 4; Dr. Franz Fierich, Lehre von den Zivilgerichten (polnisch), 1898, S. 17; Rudolf Pollak, System des österreichischen Zivilprozeßrechts, 1903, S. 101, mit einem Vorbehalte betreffs der Rechtsgestaltungsklagen. Nur die Schaffung (Begründung) neuer Rechtsverhältnisse betrachten als Aufgabe der freiwilligen Gerichtsbarkeit: Wetzell, System des ordentlichen Zivilprozesses, 1878 (III. Aufl.), S. 513 ff.; Drechsler in dem, in der vorstehenden Note zit. Aufsatze, S. 408; J. Kohler in der von ihm herausgegebenen Enzyklopädie der Rechtswissenschaften (1904), II. Bd., S. 52.

[19]) Der Urteilsanspruch (1899), S. 83.

[20]) Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 1903, S. 41, Anm. 5, S. 76 und insbesondere: Anspruch und Klagerecht, 1900, S. 483.

Digitized by Google

Ein konsequentes Festhalten an der Anschauung Wachs über das Wesen der freiwilligen Gerichtsbarkeit könnte dahin führen, wohin Friedrich Stein[21]) gelangte, nämlich zu dem Schlusse, daß die Rechtsgestaltungsklagen „ihrem Wesen nach in die Prozeßform eingekleidete Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit" sind. In seiner Polemik gegen Bülow[22]) verharrt Wach trotz der erwähnten Ablehnung von beachtenswerter Seite bei seiner Ansicht. Neuerlich erklärt er, daß der Zweck den spezifischen Gegensatz der streitigen zur freiwilligen Gerichtsbarkeit bezeichnet. Erstere habe immer nur das Recht zur Evidenz, nicht zur Existenz zu bringen. Nur in der Bewährung des vorhandenen Rechts, und damit im Rechtsschutze, vollziehe sich die Privatrechtspflege, die Prozeß genannt wird. Wach bleibt aber seinen jüngeren Anhängern gegenüber, die eine besondere Kategorie der Bewirkungs- oder Rechtsgestaltungsklagen aufstellen, auch dermal dabei, daß „das Schaffen neuen oder das Ändern vorhandenen Rechts, also in diesem Sinne der Ausbau der konkreten Privatrechtsordnung, nur Mittel zum Zwecke einer Rechtsbewähr, der staatlichen Durchsetzung, des Schutzes vorhandener Rechtsposition ist".

Blickt man von der allgemeinen Rechtstheorie zurück auf die literarischen Arbeiten, die sich mit der in dem Reichsgesetze vom 17. Mai 1898 zum Abschlusse gelangten Gesetzgebung Deutschlands in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit[23]) be-

---

[21]) Die bindende Kraft richterlicher Entscheidungen, S. 15.

[22]) Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, Bd. 32, S. 67.

[23]) Der Schwierigkeiten der Abgrenzung des Begriffs einer „bürgerlichen Rechtsstreitigkeit" — insbesondere auch nach der Seite der freiwilligen Gerichtsbarkeit — war man sich in Deutschland schon bewußt, als es galt, ein einheitliches Prozeßgesetz für alle deutschen Staaten zu schaffen. Bereits die Motive zum Gerichtsverfassungsgesetz (Hahn, Materialien, S. 34) erklärten: „daß dieser Begriff keine oder doch nur eine durchaus ungenügende Definition leide" und die Reichstagskommission lehnte es geradezu ab, in das gedachte Gesetz eine Bestimmung aufzunehmen, durch welche der Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit näher umgrenzt würde (Protokoll, I. Lesung, S. 469 ff., bei Hahn: Materialien, S. 47, 672). In dem Gesetze über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898 sucht man eine Begriffsbestimmung dieser Rechtssachen vergeblich. Gilt es doch nur betreffs derjenigen, die durch Reichsgesetze den Gerichten übertragen sind (§ 1), weshalb die landesgesetzlichen Umgrenzungen dieser Rechtsangelegenheiten nicht berührt wurden und somit das Gesamtbereich freiwilliger Gerichtsbarkeit nur durch Enumeration, nicht aber durch Definition abzustecken ist. In der Theorie hat schon 1868 Endemann

Digitized by Google

schäftigen, so erklären die systematischen Bearbeitungen des mit diesem Gesetze umfaßten Rechtsstoffes, die wir Nußbaum[24]) und Josef[25]) verdanken, daß eine begriffliche Scheidung beider Gebiete der Gerichtsbarkeit untunlich und die theoretische Feststellung des Gegenstandes der freiwilligen Gerichtsbarkeit unzulässig sei, weil einfach die im positiven Rechte gesetzte Grenze des Gebietes der letzteren zu achten ist. Den gleichen Standpunkt haben die beiden jüngsten tüchtigen systematischen Darstellungen des deutschen Zivilprozeßrechtes[26]) aus der Feder der Professoren Weismann und Kleinfeller eingenommen. In Übereinstimmung hiemit äußert sich endlich auch der scharfsinnige Bearbeiter der Urteilslehre[27]), Professor Kisch, daß es keine begrifflichen inneren Kriterien für die Verweisung einer bestimmten Sache mit logischer Notwendigkeit in eines der beiden Gebiete gebe.

Die in Österreich an das Patent vom 9. August 1854, Z. 208 RGBl. anknüpfende Literatur[28]) besitzt — abgesehen von dem skizzenhaften, veralteten Versuch Kiesslings[29]) — keine systematische Bearbeitung dieses Gebiets des formellen Rechts, und von den zahlreichen Kommentaren[30]) hat keiner eine eingehendere

---

(Das deutsche Zivilprozeßrecht, S. 12) bemerkt: Die Kunstdefinitionen behufs Abgrenzung der beiderseitigen Gebiete (nämlich der streitigen und freiwilligen Gerichtsbarkeit) leisten wenig.

[24]) Die freiwillige Gerichtsbarkeit im Reiche und in Preußen (1900), S. 3.

[25]) Lehrbuch des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Deutschen Reiche und in Preußen (1902), S. 4.

[26]) Dr. Jakob Weismann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes (1903), S. 25; Dr. Georg Kleinfeller, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, (1905), S. 4.

[27]) Wilhelm Kisch, Beiträge zur Urteilslehre (1903), S. 61.

[28]) Die neuere Literatur im Gebiete des nichtstreitigen Verfahrens besitzt hervorragende Schriften, die einzelne Rechtseinrichtungen aus dem rechtshistorischen Gesichtspunkte, wie die zahlreichen oben VII in den Noten 1 bis 8 erwähnten, oder vom Standpunkte legislativer Kritik behandeln, wie Ungers und Chorinskys dort genannte Arbeiten und Randas Abhandlung: Über Erwerb der Erbschaft nach österreichischem Rechte auf Grundlage des gemeinen Rechts (1867).

[29]) Handbuch des gesamten gerichtlichen Verfahrens außer Streitsachen (Wien 1859).

[30]) Mitlacher 1855, Kalessa 1859, Schuster (die beste Leistung) 1859 und seither wiederholt in neuen Auflagen. Das Werk des Julian Talasiewicz, Über das Verfahren in nichtstreitigen Angelegenheiten (1884, polnisch) handelt lediglich vom Verlassenschaftsabhandlungsverfahren.

Digitized by Google

Lösung der Frage, was Gegenstand der freiwilligen Gerichtsbarkeit sei, auch nur versucht. Vor kurzem wurde anläßlich einer Preisausschreibung seitens des österreichischen Notarenvereins der Rechtsanwalt und Notar in Halle a. S., Adolf Weissler, zur Erwägung dieses Problems in einer unter dem Titel: „Reform der vorbeugenden bürgerlichen Rechtspflege in Österreich“ (Wien 1900) erschienenen Schrift angeregt. Der Verfasser kennzeichnet darin die vorbeugende bürgerliche Rechtspflege als „die auf Klarstellung des Privatwillens gerichtete Tätigkeit öffentlicher Organe; ihre Aufgabe wird erfüllt durch die öffentlichen Formen der Rechtshandlungen“ (S. 42). „Diese Rechtspflege kennt mithin keine Zwangsgewalt“ (S. 43). Deutlicher kann mit der herrschenden Auffassung der Aufgabe der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht gebrochen und die von der *communis opinio* (seit Puchta und Österley, Julius Merkel in Weiskes Rechtslexikon) aufgestellte Begriffsdefinition nicht verworfen werden! Es ist zu bedauern, daß trotz sorgfältiger rechtshistorischer und -vergleichender Studien, von denen die Schrift Weisslers Zeugnis ablegt, ihr Zweck und ihre Tendenz den Verfasser verleiteten, unter Ignorierung des Entwicklungsganges des Rechtsfürsorgeverfahrens in Deutschland und Österreich den weit größeren und bedeutsameren Teil der freiwilligen Gerichtsbarkeit gänzlich außer acht zu lassen, das Gebiet der letzteren willkürlich einzuengen und eine Begriffsbestimmung der vorbeugenden bürgerlichen Rechtspflege zu geben, von welcher mit Recht gesagt wurde[81]), „daß mit ihr sicherlich gar nichts anzufangen ist, weil sie demselben Zwecke dienende, einheitlich geregelte Veranstaltungen und Tätigkeiten derselben Organe auseinanderreißt.“

[81]) Sektionsrat Dr. Schauer in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, XXVII. Bd. S. 402.

Digitized by Google

IX. Gegenstand des Rechtsfürsorgeverfahrens nach österreichischem Rechte im allgemeinen.

Die Schwierigkeiten erschöpfender Feststellung des Objekts des Verfahrens außer Streitsachen werden durch die Erwägung vermehrt, daß das hiefür maßgebende Gesetz, das kaiserliche Patent vom 9. August 1854 nicht die einzige Gesetzesquelle für dieses Rechtsgebiet ist, sondern neben einzelnen in das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch eingesprengten Bestimmungen noch das Handelsgesetzbuch und dessen Einführungsgesetz, die Grundbuchsordnung und zahlreiche andere Spezialgesetze als Quellen zu beachten sind. Die Entwicklung des Rechtsverkehrs hat eben den Umfang der freiwilligen Gerichtsbarkeit seit der Ära Kaiser Josefs II. bedeutend erweitert. Bei Lösung der Frage, was den Gegenstand der freiwilligen Gerichtsbarkeit bildet, ist davon auszugehen, daß beide Gebiete der Gerichtsbarkeit sich mit „bürgerlichen Rechtssachen" (§ 1 JN.) befassen, also mit zivilrechtlichen Ansprüchen zu tun haben. Nichts ändert hieran der Umstand, daß zum Schutze derartiger Ansprüche öffentlichrechtliche Pflichten ausgeübt werden, wie seitens des Vormunds und Kurators, sowie weiters, daß die Gerichte als Pflegschafts- und Fideikommißbehörden betreffs der Erhaltung des Stammvermögens eine ähnliche Verwaltungstätigkeit entwickeln, wie die kompetenten Administrativbehörden bei Überwachung des ungeschmälerten Bestandes des Gemeinde- oder Stiftungsvermögens.[1]) Das entscheidende Moment ist die Betätigung im Dienste und zum Schutze der Privatrechtsordnung. Auch darauf kommt es nicht an, daß ausnahmsweise nicht das Gericht, sondern andere öffentliche Organe bei Ausübung dieser privatrechtlichen Schutztätigkeit auftreten; denn nur die regelmäßige

[1]) Vgl. Wach, l. c., I., S. 48; Hellwig, zit. Lehrbuch, S. 76.

Digitized by Google

Erscheinung kann für die wissenschaftliche Abstraktion entscheidend sein.

Trotz der Übereinstimmung rücksichtlich des Gegenstandes unterscheiden sich aber beide Zweige der Gerichtsbarkeit in wesentlichen Punkten voneinander.[2]) Diese Unterschiede müssen vor allem festgestellt werden, da die richtige Grenzabsteckung öffentlicher Gewalten das erste Erfordernis zweckentsprechender wissenschaftlicher Behandlung bildet und im modernen Rechtsstaate zur Verhütung von Konflikten unentbehrlich ist.

I. Im Prozesse soll entschieden werden, ob dem Kläger der von ihm geltend gemachte Anspruch zustehe, den er somit zuvor in rechtsgültiger Weise erworben haben mußte und nun unbeeinträchtigt für alle Zukunft bewahren, erhalten und ausüben will. Das außerstrittige Verfahren ermöglicht tunlichst sicheren Rechtserwerb oder sorgt für ungestörten Fortbestand des Rechtes gegenüber einer im allgemeinen zu befürchtenden Beeinträchtigung des Rechtsgenusses. Möglichst verläßliche Rechtsbegründung und Steigerung der Widerstandsfähigkeit des erworbenen Rechtes gegen künftigen Angriff ist sein Ziel.

Der Prozeß richtet sich gegen die Wirklichkeit, d. i. den erfolgten Eintritt eines bestimmten Rechtsangriffs, die freiwillige Gerichtsbarkeit faßt die in der Zukunft liegende Möglichkeit irgend eines solchen ins Auge.

Der Prozeß äußert somit seine Wirkung in der Beseitigung des bereits in die Erscheinung getretenen Zivilunrechts, indem er jeder Behinderung der Rechtsentfaltung entgegen tritt (Repression), und soweit Leistungsklagen in Betracht kommen, außerdem die eingetretene Verschiebung der Sachlage zu Ungunsten der Rechtslage rückgängig macht, damit aber die ehedem bestandene Übereinstimmung des rechtlichen mit dem tatsächlichen Zustande neuerlich bewirkt. Die freiwillige Gerichtsbarkeit erblickt ihr Ziel in der Hintanhaltung und Vermeidung künftig überhaupt möglicher Rechtsbeeinträchtigung (Prävention), weshalb es die ungestörte Entfaltung des Rechtes im vorhinein sicherstellt und gewährleistet, die Sachlage in Gemäßheit der beabsichtigten Rechtslage gestaltet

[2]) Es ist das Verdienst Österleys, auf diese Unterschiede zuerst aufmerksam gemacht zu haben (vgl. die oben, VIII., Note 4, zit. Schrift, S. 44 ff.).

Digitized by Google

und einer künftigen Verrückung des geschaffenen tatsächlichen Zustandes zum Abbruche des rechtlichen vorbeugt.

Wenn der Sicherungszweck als das entscheidende Merkmal aller Akte freiwilliger Gerichtsbarkeit anerkannt wird, bedarf es einer strengen Grenzziehung zwischen ihrem und dem Gebiete der Feststellungsklagen und einstweiligen Verfügungen, die ihm auch dienstbar sind. Bedrohung des Rechtsgenusses bildet bei allen erwähnten Einrichtungen des formellen Rechts übereinstimmend den Anlaß zu ihrer Betätigung; freilich aber bei jeder derselben nach verschiedener Richtung und mit ungleicher Tragweite.

Auch die Feststellungsklage bezielt zwar Repression des mit der Erschütterung der ungestörten Rechtslage durch Bestreitung oder Behauptung eines Rechtsanspruches verursachten Zivilunrechts. Mit dem zu erwirkenden günstigen Urteile wird aber Sicherung bezweckt gegen bereits dermal zu befürchtenden weiteren Nachteil an Privatrechten, und zwar bei einer positiven Feststellungsklage zum Schutze unbehinderter Ausübung des festgestellten bestimmten privatrechtlichen Anspruches, bei einer negativen zum Schutze der, durch unbegründete Rechtsanmaßung andernfalls auch fernerhin beeinträchtigten, gesamten Privatrechtssphäre des angeblich Verpflichteten.[3]) Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Nichtbestand eines Anspruches auf den Mangel rechtserzeugender Tatsachen oder auf das Vorliegen nachgefolgter rechtsaufhebender Tatsachen gestützt wird. Bei beiden Hauptarten dieser Klagen muß als unabweisliches Postulat ein rechtliches Interesse an alsbaldiger Konstatierung des Bestandes oder Nichtbestandes des betreffenden Rechtsanspruches vorliegen (§ 228 ZPO.), d. h. eine

[3]) In geistvoller Weise weist Richard Schmidt, Deutscher Zivilprozeß, 1898, S. 698, auf den Zusammenhang der negativen Feststellungsklage mit dem Verbot einseitiger Klagsrückziehung (§ 237 ZPO.) hin. Erfolgt sie nämlich nach Einlassung des Beklagten, d. h. bei der ersten Tagfahrt in dessen Beisein (§ 239 ZPO.) oder bei einer zur mündlichen Streitverhandlung angesetzten Tagfahrt ohne Zustimmung des Geklagten, so darf dieser die Erlassung eines Sachurteils fordern, da dies „nichts anderes als die Anerkennung eines Interesses an der negativen Feststellung für eine spezielle Gestaltung bedeutet". Durch den erwähnten Antrag erzielt der Geklagte bei Fallenlassen der Klage von Seiten des Klägers ein abweisendes, die Nichtexistenz des Anspruchs feststellendes Sachurteil. Vgl. meine: Systematische Einführung in das Studium der Zivilprozeßordnung (bömisch), II. Bd. (1898), S. 22 ff., 55.

Digitized by Google

in der Sachlage selbst (objektiv) begründete, nicht auf schwankenden Annahmen des Klägers beruhende Befürchtung, daß bei Ausbleiben der Feststellung für ihn eine Benachteiligung in rechtlicher Beziehung eintreten würde.

Das Verfahren außer Streitsachen strebt an, Schutz zu bieten gegen eine an sich nur mögliche, noch gar nicht in Sicht stehende Gefährdung von Privatrechten und fordert bei Benutzung der zur Verfügung stehenden Einrichtungen dieses Verfahrens nicht erst den Nachweis irgend eines rechtlichen Interesses an ihrer Verwendung zu präventivem Rechtsschutze. Nicht eine schon vorgekommene ungegründete Rechtsbestreitung oder Rechtsanmaßung veranlaßt das Anrufen richterlicher Beihilfe im Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Gerichtlicher Schutz wird hier nicht verlangt gegen einen bestimmten Gegner und gegen eine eben nun vorhandene Rechtsgefährdung, sondern überhaupt und ohne Einschränkung auf bestimmte Personen für alle Zukunft, somit Befriedung des einzelnen privatrechtlichen Anspruches gegen zukünftige Eingriffe feindlicher Mächte, Umzäunung freier Willensbetätigung rücksichtlich eines einzelnen Verkehrsgegenstandes (Sache, Forderung) gegen das allfällige Hereinbrechen Unberufener.

Mittelbarer Bedrohung eines bestehenden Rechtsanspruches durch Einbuße des für sein Bestehen künftig etwa erforderlichen Beweises kann im Falle bestrittener Urkundenechtheit, also aktueller Gefährdung durch gegnerischen Willen, gleichfalls mittels der Feststellungsklage begegnet werden (§ 228 ZPO.), während eine durch das Wirken der Naturkräfte zu befürchtende Einbuße des Beweisinhalts einer Urkunde (Verblassen des Textes, Brüchigkeit seiner Unterlage) nur den Anlaß zu ihrer im Verfahren außer Streitsachen sich vollziehenden Erneuerung bildet (§ 317 ZPO.).

Es verdient vollste Billigung, wenn unsere Gesetzgebung es ablehnt, auch in anderen als dem eben erwähnten Falle den Zivilprozeß zur Verfügung zu stellen als Behelf zur Feststellung bestimmter rechtlich bedeutsamer Tatbestände überhaupt[4]), wie

[4]) Sicherlich ist die Behauptung Friedrich Steins (Über die bindende Kraft der richterlichen Entscheidungen nach der neuen österreichischen Zivilprozeßordnung, in der österr. GZ., 1897, S. 78), die Aufgabe des Zivilprozesses liege in der Feststellung, ob „ein Tatbestand eine bestimmte Rechtsfolge hat oder nicht", in dieser Allgemeinheit ebenso abzulehnen, wie die dort (S. 68) be-

Digitized by Google

es der Entwurf unserer Zivilprozeßordnung (§ 239) beabsichtigte, oder wenigstens in gewissen Ausnahmsfällen, wie es das deutsche Reichsrecht mit der Anfechtungsklage gegen einen Beschluß der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft (Deutsches Handelsgesetz, Art. 190, 222) u. ä. gestattet.

Von den einstweiligen Verfügungen bezwecken die zwangsvollstreckungssichernden (§§ 379, 381, Z. 1 EO.), daß die künftige Erfüllung einer urteilsmäßig festzustellenden oder sogar schon feststehenden, aber zur Zwangsvollstreckung noch nicht reifen Leistungspflicht bei obwaltender Gefahr einer Vereitlung oder Erschwerung ihrer Verwirklichung gewährleistet werde. Die zustandserhaltenden einstweiligen Verfügungen sollen aber nicht der gefährdeten Erfüllung eines einzelnen Rechtsanspruches Schutz bieten (§ 381, Z. 2 EO.), sondern die gesamte Operationsbasis der Streitteile gegen eine drohende einseitige Verrückung während des anhängigen Streites sichern.

Die einstweiligen Verfügungen ersterer Art (§§ 379, 381, Z. 1 EO.) kommen mit der positiven Feststellungsklage darin überein, daß diese Klagen den Rechtsbestand eines konkreten Rechtsanspruches (seine ideale Existenz), jene Verfügungen dagegen dessen Leistungsinhalt (seine reale Existenz) sicherstellen. Die einstweiligen Verfügungen der zweiten Art (§ 381, Z. 2 EO.) sind den negativen Feststellungsklagen darin verwandt, daß diese letzteren den Privatrechtskreis des Einzelnen gegen Anmaßungen, also ungegründete rechtliche Eingriffe *(inquietatio)*, durch deren Beseitigung mittels Richterspruches wahren, während jene einstweiligen Verfügungen den faktischen Zustand bis zur richterlichen Entscheidung darüber, inwieweit er der rechtlichen Willensherrschaft entspreche oder widerstreite, gegen äußere (physische) Eingriffe durch richterliche Zwangsgewalt aufrecht erhalten.[5])

---

liebte Unterscheidung zwischen „Privatrechtsprozeß" und „Prozeßprozeß", der „zur Ausgestaltung prozessualer Situationen" (§§ 10, 35, 36, 37, 83; Art. 17, 29, 30 EO. und Art. 25 ZPO.) dient. Hieran darf der Umstand nicht irremachen, daß letztere Bezeichnung in einzelnen Schriften der modernen Prozeßliteratur aufgegriffen wurde, die in gekünstelter Begriffsbildung und packender Terminologie ein übriges zu leisten eifrig bestrebt sind.

[5]) Vgl. Richard Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, S. 691, 740, Note 1.

Digitized by Google

Das Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit begegnet der Möglichkeit einer Rechtsgefährdung nicht bloß durch Schutzmaßregeln wider künftige Bekämpfung des Anspruchs und durch Sicherung eines vollkräftigen Beweises für den Fall seiner nötig werdenden Geltendmachung in einem künftigen Streitverfahren. Es gewährleistet vielmehr auch die Rechtsausübung dadurch, daß es die Möglichkeit entzieht, auf den Vermögenskreis Schutzbefohlener oder auf Vermögensmassen, deren ungeminderten Bestand das Gesetz gebietet (Fideikommisse), unbefugterweise und durch Schmälerung abträglich einzuwirken. Zur Erreichung seiner Zwecke verwendet aber das anhängige Verfahren außer Streitsachen auch einstweilige Verfügungen der Exekutionsordnung (§ 12; 2, Z. 7, Pat. Art. I EO.).

Die Veranlassung zum Ansuchen um vorbeugenden Rechtsschutz bietet nicht nur das Streben, gegen Rechtsangriffe in der Zukunft gesichert, sondern selbst gegen bloße Schwierigkeiten und Unbequemlichkeit bei der seinerzeitigen, künftigen Rechtsgeltendmachung gefeit zu sein. Eines Nachweises dieses allgemeinen rechtlichen Interesses bedarf es nicht, während die Gewährung des Rechtsschutzes mittels Feststellungsklage nur bei klarem Nachweise des rechtlichen Interesses an alsbaldiger Feststellung[6]) und eine Sicherung mittels einstweiliger Verfügung nur bei Gefahrsbescheinigung (§§ 379, 381 EO.) eintritt. Nach der im vorstehenden Exkurse erfolgten Gegenüberstellung der im Rechtssicherungszwecke sich begegnenden Einrichtungen des Verfahrens außer Streitsachen und solcher des Streit- und Zwangsverfahrens möge zu der Beleuchtung des Gegensatzes zwischen den beiden Hauptgebieten der Gerichtsbarkeit rückgekehrt werden.

Die übliche Bezeichnung des Prozeßverfahrens als streitigen und des Rechtsfürsorgeverfahrens als „nicht streitigen" (§ 1 Pat.) ist nicht zutreffend und daher irreleitend. Richtiger wird in der Gesetzessprache das Verfahren in Streitsachen jenem außer Streitsachen gegenübergestellt (Jurisdiktionsnorm: Überschriften des II. u. III. Abschnittes, §§ 43, 44; GOG. §§ 37, 38) außerdem letzteres als „Verfahren in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit" bezeichnet (§ 42, IV der Jurisdiktionsnorm und in der Überschrift

[6]) Vgl. meinen Aufsatz: Feststellungsklage (österr. GZ. 1899, S. 41), wo des nähern dargelegt wurde, daß voller Beweis hierüber gefordert wird und bloße Wahrscheinlichmachung (§ 274 ZPO.) nicht genügt.

Digitized by Google

der §§ 83—86 GOG.). Ein Streitverfahren ist ja doch auch jenes, in dem der Belangte den eingeklagten Anspruch anerkennt oder umgekehrt der Kläger auf ihn verzichtet (§§ 239, 394, 395 ZPO.). Nicht darauf kommt es an, ob der Streit wirklich geführt wird, sondern ob die rechtliche Möglichkeit eines solchen vorhanden ist; denn: *libellus ad hoc datur, ut reus deliberet, an cedat, an contendat* (Authent. ad leg. 1 C, III, 9; *dictum Gratiani* in f. c. 3 C, 3 qu. 3). Wirkliche Streitführung ist für den Begriff des „streitigen Verfahrens" ebensowenig entscheidend, als dessen Abschluß durch Urteil, da auch Rücktritt von der Klage oder gerichtlicher Vergleich seine Erledigung herbeiführen (§§ 237, 204 ZPO.).[7])

Beachtenswert und bedeutsam bleibt aber, daß — dem Wesen der Sache entsprechend — einer jeden Rechtsstörung durch Anhängigmachung des Prozesses begegnet werden kann (§§ 19, 1338 ABGB.), während nicht jeder Gefahr einer künftigen Rechtsbeeinträchtigung durch Einrichtungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit vorgebeugt wird, vielmehr vom positiven Rechte ein derartiges Schutzmittel besonders eingeräumt oder sogar dessen pflichtgemäße Benutzung auferlegt sein muß (§ 1 Pat.).[8]) Diesem Unterschiede gemäß ist die Form des Streitverfahrens ohne Rücksicht auf das verletzte Recht, dessen Geltendmachung es dient, eine wesentlich gleiche (von Ehestreitigkeiten abgesehen). Das moderne Prozeßrecht hat die vordem im Detail auseinandergehenden Formen des repressiven Rechtsschutzes einheitlich gestaltet, nivellisiert und generalisiert. Dagegen differenzieren die Formen des Verfahrens in Rechtsfürsorgesachen je nach den schutzbedürftigen Rechtsinteressen, zu deren Betreuung sie eingeführt sind.[9]) In dem hervorgehobenen Sinne

[7]) Wach, l. c., I., S. 8; Laband, Deutsches Staatsrecht, III. Aufl., II. Bd., S. 330.

[8]) Darauf hat schon Menger, l. c., I., S. 26, hingewiesen.

[9]) Der Ungleichheit im Wesen der zu behandelnden außerstreitigen Angelegenheiten entspricht die Mannigfaltigkeit der Vorschriften über die Art ihrer Behandlung in dem Maße, daß sogar das Rechtsmittelverfahren kein gleichmäßiges ist (§ 9 Pat. und § 126 GBO.; § 16 Pat. und § 130 GBO.). Der Aufbau des Prozesses ist im wesentlichen der gleiche, mag es sich um Geltendmachung welcher Ansprüche immer handeln (vgl. auch Rintelen, Einstweilige Verfügung, S. 1). Selbst in den durch die Zivilprozeßordnung geregelten außerordentlichen Verfahrensarten (VI. Teil) ist es zumeist nur die Einleitung des Verfahrens, die Eigentümlichkeiten und Abweichungen von der typischen Form

Digitized by Google

könnte gegenüber dem im Prozesse dargebotenen generellen repressiven Rechtsschutze von einer Spezialisierung des präventiven Rechtsschutzes im Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit gesprochen werden.

Schließlich bedarf es der Hervorhebung, daß infolge der mannigfaltigen Entwicklung der kulturellen und wirtschaftlichen Verhältnisse in den einzelnen Staaten auch die Grenzen der freiwilligen Gerichtsbarkeit gegenüber dem Prozeßverfahren bald weiter, bald enger gesteckt wurden, worüber mit Rücksicht auf unser Recht weiter unten des näheren gehandelt werden soll.[10])

II. In Rücksicht der Teilnehmer an dem Verfahren zeigt sich ein grundlegender Unterschied darin, daß der Rechtsstreit unumgänglich zwei Rechtssubjekte mit kollidierenden recht-

---

des Prozeßbeginns aufweist. Im Verfahren außer Streitsachen prägt die zu behandelnde Angelegenheit der Verhandlungsform ihren besonderen Charakter auf und gestaltet sie im einzelnen auf das mannigfaltigste je nach dem besonderen Schutzzwecke, dem das betreffende Teilgebiet des nichtstreitigen Verfahrens zu dienen bestimmt ist. Gleichwohl äußert der verschiedene Charakter beider Gebiete der Gerichtsbarkeit nicht insoweit seine Rückwirkung auf die Anwendbarkeit der sie regelnden Normen, daß die allgemeinen Bestimmungen der Zivilprozeßordnung (I. Teil) in jedem Prozesse primäre Geltung, dagegen die allgemeinen Anordnungen (des I. Hauptstückes) des Gesetzes über das gerichtliche Verfahren in nichtstreitigen Rechtsangelegenheiten in Sachen dieser Art nur subsidiäre Anwendbarkeit besäßen, d. h. nur dann anzuwenden wären, wenn in den Einzelnvorschriften über die verschiedenen Zweige der freiwilligen Gerichtsbarkeit keine Detailweisungen vorkommen. Umgekehrt verhält es sich in letzterer Hinsicht nach deutschem Reichsrecht (vgl. Dr. Eugen Josef, l. c., S. 17).

[10]) Dem grundlegenden Unterschiede in gegenständlicher Beziehung entspricht in unserem Rechte die legislative Regelung beider Gebiete richterlicher Tätigkeit in Privatrechtssachen durch besondere Gesetze (Zivilprozeßordnung vom 1. August 1895, Z. 113 RGBl.; Pat. vom 9. August 1854, Nr. 208 RGBl.), während das ältere preußische Recht im II. Teile der Gerichtsordnung 1793 und ebenso das französische Recht im II. Teile des *code de procédure* 1806 die Vorschriften über das Verfahren in außerstrittigen Angelegenheiten zusammenfaßte. Nur die Vorschriften der Exekutionsordnung (vom 27. Mai 1896, Z. 79 RGBl.) gelten gleichmäßig für beide Gebiete (Art. I EO.). Der Natur der Sache nach und zufolge ausdrücklicher Weisung des Patents sind die „allgemeinen Vorschriften über die Erfordernisse rechtsgültiger Verhandlungen und Verfügungen" auch im nichtstreitigen Verfahren zur Richtschnur zu nehmen (§ 2 Pat.). Außerdem sind in bestimmten Beziehungen die Bestimmungen der Zivilprozeßordnung zur Anwendung zu bringen; insbesondere betreffs der Formerfordernisse schriftlicher Ansuchen (§ 4, III., Pat.), der Fristenberechnung (§ 7, I., Pat.), der Beweiskraft ausländischer Urkunden (§ 8 II., Pat.), der Bestrafung mutwilliger Beschwerdeführung (§ 16, II., Pat.), der Wieder-

Digitized by Google

lichen Interessen[11]), nämlich die Parteien, zur Voraussetzung hat, wobei die Verbindung mehrerer Rechtssubjekte — seien es auch Gesamtpersönlichkeiten (Korporationen) oder Vermögensmassen — als Streitgenossen in gleicher Parteirolle nicht ausgeschlossen ist. Die Verschmelzung der im Rechtsstreite befangenen widerstreitenden vermögensrechtlichen Interessen im Vermögenskreise einer der beiden sich ursprünglich gegenüber stehenden Parteien endigt das Verfahren selbst (§ 1445 ABGB).

Im Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit dagegen tritt häufig ein einziger Teilnehmer an dem Verfahren auf und selbst wenn eine Mehrheit von Rechtssubjekten als Beteiligte an derselben Rechtsangelegenheit in Betracht kommen, befinden sie sich in Harmonie ihrer rechtlichen Interessen (§ 2, Abs. 7 Pat.).

Insbesondere tritt als Kollektivgruppe von Interessenten, deren Individualität fortwährendem Wechsel unterworfen ist, auf die durch einen gemeinsamen Kurator vertretene Gesamtheit der Besitzer von Pfandbriefen und von auf Inhaber lautenden oder indossablen Teilschuldverschreibungen (Art. IV., Z. 4 ZPO.).

Im Rechtsstreit zielt jede Prozeßhandlung gegen den bestimmten Gegner; im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit richten sich die getroffenen Vorkehrungen gegen alle dermal unbekannte allfällige Rechtsstörer.

Ganz vergriffen war es, wenn die ältere Doktrin seit den Glossatoren ein maßgebendes Kriterion des Unterschiedes des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit und in Prozeßsachen (offenbar verleitet durch die Terminologie: *jurisdictio voluntaria et contentiosa)* darin zu erblicken gewöhnt war, ob das Gericht

---

einsetzung in den vorigen Stand bei Versäumnissen (§ 17 Pat.). Mit dem prinzipiellen Standpunkte unseres Verfassungsrechts, daß privatrechtlichen Ansprüchen Rechtsschutz durch die staatlichen ordentlichen Gerichte gewährt werden soll (Art. I, II StGG. über die richterliche Gewalt vom 21. Dezember 1867, Z. 144 RGBl.) steht es im Einklange, daß die Jurisdiktionsnorm vom 1. August 1895, Z. 111 RGBl., in ihrem ersten Teile alle, beiden Arten der Gerichtsbarkeit gemeinsamen, Vorschriften zusammenfaßt und in den zwei folgenden Teilen die besonderen Zuständigkeitsvorschriften für jedes der beiden Gebiete der Gerichtsbarkeit (§§ 49 bis 104, 105—122 JN.) anreiht.

[11]) Diesen Gesichtspunkt erachtet auch Langheineken, Urteilsanspruch, S. 83, als maßgebendes Kriterion der Unterscheidung zwischen der streitigen und freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Digitized by Google

seine Tätigkeit dem Wunsche und freien Willen der Beteiligten entsprechend *(inter volentes)* oder ohne, beziehungsweise gegen diesen, kraft staatlicher Befehlsgewalt *(contra invitos)* entfaltete.[12])

Um das gesagte als richtig zu erkennen, bedarf es nur der Erinnerung daran, daß im bezirksgerichtlichen Verfahren beide Parteien gleichzeitig erscheinen und ihren Wunsch kundgeben können, einen bestimmten Rechtsstreit anhängig zu machen und zu verhandeln § 439 ZPO., während andrerseits eine gerichtliche Verlaßabhandlung selbst gegen die Absicht der insgesamt eigenberechtigten, ohne die Rechtswohltat des Inventars die Erbschaft antretenden Erben (§§ 36, 51, 114 Pat.) erfolgt, desgleichen die Kuratel wegen Verschwendung gegen den Wunsch des Verschwenders (§ 273 ABGB.) verhängt wird, u. a.

Wann immer bei einer Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine Kollision rechtlicher Interessen hervorkommt, kann nur eine Einvernehmung der Beteiligten zur Präzisierung ihres Rechtsstandpunktes und sodann Verweisung auf den Rechtsweg (§ 2, Abs. 7 Pat.) oder eine Vereinbarung der Interessenten selbst eintreten (so in den Fällen der §§ 127, 136, 171, I., 251 Pat.), keineswegs aber eine kontradiktorische Verhandlung durch Ausführungen und Gegenausführungen, Aufnahme von Beweisen und Gegenbeweisen, die in einer richterlichen Entscheidung der Streitfrage im Rahmen des Verfahrens außer Streitsachen ihren Abschluß fände. Auch bei jenen Rechtsdivergenzen, deren endgültige Regelung kraft ausdrücklicher Weisung dem Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit anheimfällt, wird die Tat- und Beweisfrage durch richterliche Ermittlungspflicht erledigt. Als einzige abgeschwächte Ausnahme kennt das Verfahren in Grundbuchsachen aus Rücksicht auf das hier herrschende Spezialitätsprinzip eine rein arbiträre richterliche Entscheidung nach vorheriger Einvernehmung über die Höhe der Kautionshypothek, die mangels ihrer Bestimmung in der Bestellungsurkunde von dem Kautionswerber im Einverleibungsbegehren einseitig angegeben wurde, jedoch vom Hypotheksbesitzer in der Rekursfrist als übermäßig bestritten wird (§ 14 GrdbO.). Dagegen zählen nicht hieher die

[12]) Mit dieser Unterscheidung hängt auch die Bezeichnung des Verfahrens außer Streitsachen als „freiwillige Gerichtsbarkeit" zusammen, der man z. B. in den Hofdekreten vom 23. Juni 1821, Z. 1771 JGS. und vom 26. Juni 1827, Z. 2288 JGS., begegnet.

Digitized by Google

Fälle der §§ 45, 68, 104 GrdbO., bei denen es sich bloß um Einvernahmen über Fragen rein formalen Charakters (Fristeinhaltung, Eintragsfehler), nicht um Rechtsansprüche[13]) handelt. Ebenso wenig die Verhandlung über den Einspruch gegen eine zu Tauschzwecken beabsichtigte lastenfreie Grundabtrennung[14]), weil sie lediglich die Konstatierung der Tatsache, daß keine Minderung der Pfandsicherheit durch den beabsichtigten Tausch eintritt, aber keine Entscheidung über kollidierende Rechtsansprüche zum Gegenstande hat (§ 9, Ges. vom 6. Februar 1869, Nr. 18 RGBl.). Ganz verfehlt wäre es endlich, wenn hieher auch der Fall des Meliorationskreditrechtes (Ges. vom 9. Juli 1896, Nr. 144 RGBl., § 3) gerechnet werden wollte, insoweit bei Verabredung des obligatorisch als Rentenschuld vereinbarten Darlehens das Gericht nötigen Falles nach Einvernehmung der Hypothekargläubiger zu entscheiden hat, ob die vereinbarten Bedingungen in allen Punkten den gesetzlichen Anforderungen entsprechen.

III. Seiner inneren Gestaltung nach ist der Prozeß ein einheitliches Ganze organisch miteinander verknüpfter Parteihandlungen unter zweckentsprechender Leitung des Verfahrens durch das Gericht. Sein einziger Zweck ist Beseitigung des angeblich zugefügten Zivilunrechtes durch Richter-

---

[13]) Anders faßt diese Fälle auf Menger, I., S. 22, Note 5.

[14]) In diesem (offenbar nach dem Vorbilde des Hypothekengesetzes für Bayern vom 1. Juni 1822, § 40, und der Verordnung über das Verfahren in nichtstreitigen Rechtssachen für Sachsen vom 9. Jänner 1865, §§ 202, 203 gestalteten) Verfahren kommt es lediglich darauf an, festzustellen, daß durch den Grundtausch eine Arrondierung oder vorteilhaftere Bewirtschaftung der Besitztümer der Tauschenden bewirkt und die Pupillarsicherheit der Pfandforderung des Einspruch erhebenden Gläubigers nicht gefährdet wird. Ersterer Umstand wird durch ein Zeugnis des Gemeindevorstandes, soweit die Arrondierung in Frage steht (stenographisches Protokoll des Herrenhauses, 55. Sitzung, IV. Session, 1868, S. 1370) und durch ein Amtszeugnis der Bezirkshauptmannschaft (Ges. für Böhmen vom 5. April 1870, Z. 33 LGBl.), sofern es auf die Ermöglichung besserer Bewirtschaftung ankommt, dargetan, weshalb das Gericht einzig und allein die Intaktheit der Pupillarhypothek konstatiert. Die hier erfolgende Bestätigung unterscheidet sich ihrem Wesen nach in nichts von der gemäß dem Eisenbahn-Enteignungsgesetze (vom 18. Februar 1878, Z. 30 RGBl., § 22) zu erteilenden, über die Pupillarsicherheit auf dem expropriierten Trennstücke haftender Pfandforderungen. Freiherr von Canstein (Zivilprozeßrecht, III. Aufl., I. Bd., 1905, S. 161) betrachtet den vorstehend besprochenen Fall als eine im außerstrittigen Verfahren zu erledigende Rechtsstreitigkeit und nicht als bloßen Verifikationsakt.

Digitized by Google

spruch und Gerichtszwang. Im Gegensatze dazu stellt sich das Verfahren in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit dar als ein bloßer Komplex unterschiedlicher Rechtshandlungen und rechtlicher Erklärungen der Beteiligten und diesen entsprechender Verfügungen und Akte der Amtspersonen (Richter, Notar, Beamte der Gerichtskanzlei), die zu Gruppen vereint oder isoliert, mannigfachen Sonderzwecken dienen, ohne untereinander anders als durch das, allen gemeinsame Zweckmoment präventiven Rechtsschutzes verknüpft zu sein.[15]) Wenn die Heranziehung einer Analogie aus dem Bereiche der Naturwissenschaften statthaft ist, kann man sagen, daß der Prozeß sich als ein in sich geschlossener Organismus darstellt, die freiwillige Gerichtsbarkeit aber nur ein Aggregat zahlreicher selbständiger Elemente umfaßt.

---

[15]) Vgl. Österley, a. a. O., S. 64.

Digitized by Google

X. Umfang des Verfahrens freiwilliger Gerichtsbarkeit nach österreichischem Rechte insbesondere.

Über den gegenständlichen Umfang des nichtstreitigen Verfahrens entscheiden neben prinzipiellen Gesichtspunkten in den einzelnen Staaten bestehende Traditionen und wechselnde Zweckmäßigkeitsrücksichten.[1]) Im Laufe der Zeit erscheint die Trennungsgrenze zwischen dem Gebiete freiwilliger Gerichtsbarkeit und des Prozesses einerseits, ferner jenes und des Verwaltungsverfahrens andrerseits bald enger, bald weiter gerückt. Je näher der Gegenwart, um so mehr beschränkt sich letzteres auf die Regelung öffentlichrechtlicher Angelegenheiten, indem es allmählich aus seinem Bereiche die Obsorge für jene privatrechtlichen Verhältnisse ausscheidet und den Gerichten im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit überläßt, bei denen öffentliche Belange oder nur vermeintliche Rücksichten auf das allgemeine Wohl mitspielen. Interessant ist es zu verfolgen, wie bei verwandten Rechtseinrichtungen hier die Grenzscheide gezogen wurde und welchen Schwankungen die Gesetzgebung in dieser Frage ausgesetzt war.

In ersterer Richtung ist hervorzuheben, daß die Sorge um Erhaltung des Stammvermögens bei Fideikommissen seit ihrer Einführung in den österreichischen Ländern im XVI. Jahrhunderte[2]) den Gerichten zukommt, dagegen eine ähnliche Obhut bei Lehengütern seit lange her (Maximilian I.), betreffs der böhmischen Kronlehen wohl erst seit Kaiser Josef II. (1783), bis zur

---

[1]) Dies anerkennen auch Endemann, Das deutsche Zivilprozeßrecht, 1868, S. 12; Wach, l. c., I., S, 53; Drechsler im Archiv für zivilistische Praxis, LXII. Bd., S. 406.

[2]) Über die ältesten Fideikommisse in Böhmen und Niederösterreich vgl. die interessanten Mitteilungen des Alois Freiherrn v. Kallina in den Jur. Blättern, 1881, Nr. 15 und 1905, Nr. 15 ff.

Digitized by Google

Lehenallodialisierung den Landesverwaltungsbehörden als Lehenstuben oblag (§ 29 ah. Entschl. vom 14. September 1852.[3])

Die Errichtung eines Fideikommisses bedarf aber seit den *Novellae declaratoriae* 1640 J. i. XX nicht etwa bloß gerichtlicher Bestätigung, sondern früher landesherrlicher Konfirmation (§ 627 ABGB.) und dermal reichsgesetzlicher Genehmigung (Ges. vom 13. Juni 1868, Z. 61 RGBl.), ohne daß heutzutage bei Immobilien eine Beschränkung durch Statuierung einer Maximalgrenze besteht, wie eine solche durch das Gesetz Maria Theresias vom 22. Jänner 1763 (Cod. Austr. VI, S. 371) mit der Wertziffer von 400.000 fl. bestimmt worden war.

Die verfassungsrechtliche Änderung in der Ausübung der gesetzgebenden Gewalt ließ die Bestimmung des § 220 Pat. über die Kompetenz des Ministeriums des Innern zur Entgegennahme der Gesuche um die Bewilligung zur Errichtung eines Fideikommisses unberührt, zumal der betreffende Gesetzesvorschlag nur als Regierungsvorlage an den Reichsrat gelangen kann (§ 1, zit. Ges. 1868).

Anders steht es mit der Genehmigung der Errichtung eines Fideikommisses auch dermal in Preußen nach dem, bei Erlassung eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich in Kraft gebliebenen Gesetze vom 5. März 1855, GS. S. 175, da bei Fideikommissen, deren Jahresertrag nicht 30.000 Mk. übersteigt, von dem Oberlandesgerichte im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit die Zustimmung zu erteilen ist.[4])

Die Führung der öffentlichen Bücher (Landtafeln, Stadtbücher), einschließlich der Bergbücher, ist seit deren Ursprung im Mittelalter Sache der Gerichtsbehörden; nur die Grundbücher über Bauerngründe führten zur Zeit der Untertänigkeit noch nach einer unten zu erwähnenden Anordnung Kaiser Josefs II. die obrigkeitlichen Wirtschaftsämter. Dagegen bildet die Führung der über erworbene Wasserbenützungsrechte und über die Rechtsverhältnisse der Wassergenossenschaften Aufschluß gewährenden Wasserbücher, sowie des über jeden Eigentums- und Pfandrechts-

[3]) Vgl. hierüber Österr. Staatswörterbuch, II., 1., S. 637, 638.

[4]) Letztere Bestimmung blieb kraft des Einführungsgesetzes zum bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich vom 18. August 1896, Art. 59, unberührt.

Digitized by Google

erwerb an Seehandelsschiffen und -Jachten Auskunft gebenden Schiffsregister eine Verwaltungssache[5]), obwohl jedermann in alle erwähnten Aufzeichnungen Einsicht zu nehmen berechtigt ist und bei den letzterwähnten diese Evidenzhaltung die Sicherheit des Rechtserwerbes fördert, wenn sie ihn auch nicht selbst bewirkt. Trotzdem endlich der Erwerb eines Patentrechtes durch Übertragung unter Lebenden oder von Todes wegen, sowie eines Pfand- oder anderen dinglichen Rechtes hieran nur durch Eintragung in das, gleichfalls öffentlicher Einsichtnahme unterliegende Patentregister wirksam erfolgt, ist dennoch dessen Führung einer Verwaltungsbehörde, dem Patentamte, anvertraut (Ges. vom 11. Jänner 1897, Z. 30 RGBl., §§ 23, 45). Handels- und Genossenschaftsregister führen Gerichte[6]), dagegen Register über Bezirksvorschußkassen die autonomen Bezirksbehörden mit Rücksicht auf deren historischen Ursprung und öffentlichrechtlichen Charakter (Landesgesetz für Böhmen vom 14. März 1890, Z 28 LGBl.), ähnlich über Hilfskassen die Landesverwaltungsbehörde (Ges. vom 16. Juli 1892, Z. 202 RGBl.). Freiwillige Versteigerungen von

---

[5]) Landesgesetz für das Königreich Böhmen über Wasserrecht vom 28. August 1870, Z. 71 LGBl., § 99; über das Schiffsregister ist zu vergleichen das Ges. vom 7. Mai 1879, Z. 65 RGBl., §§ 11, 12 und die Vdg. vom 25. Oktober 1884, Z. 169 RGBl., § 10. Die Führung des Wasserbuches steht den Bezirkshauptmannschaften, dagegen jene des Schiffsregisters den Hafenämtern, beziehungsweise der Seebehörde in Triest zu.

[6]) Das Handelsregister ist, so wie manche andere Einrichtungen des Handelsrechts, in den italienischen Handelsstädten entstanden. Sein Ursprung ist im XIII. Jahrhundert zu suchen und auf die Zunftmatriken der Kaufleute zurückzuführen; sein ursprünglicher Zweck war, festzustellen, auf welche Personen sich die Zunftgerichtsbarkeit erstreckt. Im XIV. Jahrhundert zweigten von dieser allgemeinen Matrikel besondere Register der Handelsgesellschaften ab, denen innerhalb des Kreises der Zunftgenossen öffentlicher Glauben beigemessen wurde. Nur letzteren waren diese Register zur Einsichtnahme zugänglich. Bald kam jedoch die Übung auf, daß die Errichtung einer Handelsgesellschaft und die Erteilung einer Prokura den Geschäftsfreunden brieflich zur Kenntnis gebracht und außerdem von der Zunft durch öffentliche Verlautbarung bekannt gemacht wurde. Später kam es dazu, daß die Kaufleute verpflichtet wurden', die erwähnten Vorfälle der Zunft, der Börseleitung oder dem Handelsgerichte behufs öffentlicher Bekanntmachung anzuzeigen, bis das moderne Recht die Handelsregister im Detail regelte und deren Führung den Handelsgerichten zuwies (Lastig, Florentiner Handelsregister im Mittelalter, 1883, S. 31, 33; Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts, 1886, S. 226).

Digitized by Google

Fahrhabe stehen den autonomen Ortsbehörden zu.[7]) Ausnahmen treten ein, wenn die Sachen Verlassenschafts-, Mündel- oder Fideikommißgut sind, in welchen Fällen gerichtliche Kompetenz Platz greift (§ 269 Pat.; § 56 GOG.), oder wenn es sich um Waren und Handelspapiere handelt, die den Gegenstand irgendwelcher von Handelsmäklern vermittelter Geschäfte bilden; denn zur öffentlichen Versteigerung solcher Gegenstände können die Mäkler von der politischen Landesstelle für befugt erklärt werden (Art. 70 des Ges. vom 4. April 1875, Z. 68 RGBl.).

Bezeichnend ist aber auch das Schwanken der Gesetzgebung in der Frage, ob eine bestimmte Angelegenheit der Rechtsfürsorge Gerichten oder Verwaltungsbehörden zu übertragen ist. Eine bemerkenswerte Erscheinung dieser Art enthält gegenüber den heute geltenden Anordnungen das Hofdekret vom 21. August 1788, Z. 879 JGS., das bei Bestand der Patrimonialgerichtsbarkeit die Verlaßabhandlung (ausschließlich der dem Patrimonialgerichte vorbehaltenen Bestätigung der Abhandlungsverträge und Einantwortungen aus dem Gesichtspunkte ihrer Gesetzmäßigkeit), ferner das gesamte Vormundschaftsverfahren, endlich die Besorgung der Grundbuchsgeschäfte den als Verwaltungsbehörden fungierenden Wirtschaftsämtern zuwies, bis mit der Einführung der staatlichen Gerichte hierin ein Wandel eintrat.

Ähnlich fiel die Einflußnahme in Notariatssachen ehemals der Landesregierung anheim (mit Ausnahme der bei dem Appellationsgerichte abzuhaltenden praktischen Prüfung) gemäß Hofdekret vom 10. Dezember 1787, Z. 754 JGS. und vom 3. Jänner 1788, Z. 760 JGS., bis auch hiebei zuerst mit der NO. vom Jahre 1850 — neben der autonomen Aufsichtsführung seitens der Notariatskammer — die naturgemäße Ingerenz der Gerichte Anerkennung fand.

Meinungsverschiedenheiten über die Kompetenzsphäre in der angedeuteten Richtung traten auch bei Beratung des ABGB. hervor. So ergab sich ein Schwanken in der Auffassung des Pflegschaftsverhältnisses, das von einer Seite als Fürsorge für das Wohl verlassener Kinder und daher für einen „Gegenstand der politischen Behörden“ erklärt, von anderer überwiegender Seite

[7]) Gemeindeordnung für das Königreich Böhmen vom 16. April 1864, Z. 7 LGBl., § 28, Z. 12; vgl. Pražák, Kompetenzkonflikte (böhmisch), I. Bd., S. 206; dessen: Österreichisches Verfassungsrecht (böhmisch), II. Aufl., I., S. 436. Vgl. auch die Anmerkung 29 in diesem Abschnitte.

Digitized by Google

aber als eine in den Wirkungskreis der Gerichte fallende Angelegenheit angesehen wurde (Ofner, Beratungsprotokolle des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, I. Bd., S. 171).

Sachentsprechend wurde bei Erwähnung der elterlichen Befugnis, entwichene Kinder aufzusuchen (§ 145 ABGB), neben dem gerichtlichen Beistande des obrigkeitlichen überhaupt, also auch jenes der Polizeibehörden, gedacht (Ofner, a. a. O., I. Bd., S. 147), während der Hinweis auf letzteren im westgalizischen Gesetzbuche I, § 125, mangelte.

Eine wesentliche Änderung in der Anschauung, gegenüber der im allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche niedergelegten, ergab sich rücksichtlich der Adoption eines Großjährigen. Nach den von der Krone sanktionierten Beschlüssen der Beratungskommission (§ 181 ABGB.) erschien sie als ein Verwaltungsakt der Landesbehörde, seit Geltung der Verordnung vom 29. Juni 1850 ist sie aber der Genehmigung des Gerichtshofes erster Instanz und seit dem Inkrafttreten der Jurisdiktionsnorm bloß der Genehmhaltung seitens des Bezirksgerichtes (§ 113 JN., Sammlung Pfaff-Schey-Krupský, VI. Bd., Nr. 2419) zu unterziehen.[8]) Wahrscheinlich führte zu der ursprünglichen Kompetenzregelung die Rücksichtnahme auf die wesentliche Wirkung der Adoption, nämlich die Annahme des Namens des Wahlvaters (§ 182 ABGB.) und die allgemeine Zuständigkeit der Landesstelle bei Namensänderungen (Kais. V. vom 20. Dezember 1848, Z. 39 RGBl.).

Eine offensichtliche Spur ehemals bestandener Zweifel über das Wesen der Legalisierung von Unterschriften und der Kompetenz hiefür bildet das Hofdekret vom 17. Jänner 1845, Nr. 860 JGS., demzufolge sie „eine juristische, keine politische Angelegenheit" ist.

Vereinzelt findet sich schließlich eine Konkurrenz der gerichtlichen und Verwaltungsbehörden betreffs einer und derselben Art von Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Ein Fall partieller Konkurrenz zeigt sich bei der Vidi-

[8]) Die Vorschriften der dermal geltenden Jurisdiktionsnorm (§ 113) haben an der Notwendigkeit gerichtlicher Bestätigung der Adoptionsverträge mit großjährigen Wahlkindern prinzipiell nichts geändert (vgl. über die rücksichtlich der Zuständigkeit entstandene Streitfrage: Österr. GZ., 1901, Z. 3 und 19), jedoch dieselbe Bezirksgerichten zugewiesen (Verordnungsblatt des Justizministeriums, 1904, S. 285).

Digitized by Google

mation von Urkundenabschriften. Gegenüber der allgemeinen Befugnis der gerichtlichen Hilfsämter (Expedit und Registratur gemäß der Hofdekrete vom 2. Juni 1788, Nr. 837 JGS. und vom 18. Juli 1817, Nr. 1350 JGS.; § 283 Pat.) wurde den Landesausschüssen (neben der Erteilung von Inkolatsbestätigungen) vorbehalten, vidimierte Abschriften von bei ihnen niedergelegten Adelsurkunden den Abstämmlingen der betreffenden Adelsfamilien unter den gesetzlich näher bestimmten Vorsichten zu erteilen (Hofdekret vom 4. Dezember 1846, Nr. 1005), eine Befugnis, die angesichts der Bestimmung der Landesordnung für Böhmen vom 26. Februar 1861, Nr. 20 RGBl., § 29 auch heute noch gilt. Mit vollem Rechte wurde aber gerichtlich beeideten Dolmetschen die Berechtigung abgesprochen, Abschriften der in der bezüglichen fremden Sprache ausgestellten Urkunden zu vidimieren. Denn Beurkundungsmacht als Ausfluß der Amtsgewalt ist strenge zu sondern von bloßer Bestellung zur Erstattung sachverständiger Gutachten, d. i. Anfertigung von Übersetzungen in fremder Sprache abgefaßter Urkunden in die Landessprache (Hofdekret vom 26. Februar 1846, Z. 940 JGS.). Ein Fall voller Kompetenzkonkurrenz der Gerichte und Administrativbehörden, nämlich bei Schätzung und Feilbietung von Staatsgütern (§ 271 Pat.), ist kaum besonders praktisch.

So umfassend und weitreichend der im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit durch die Gerichte dargebotene Schutz ungestörten Rechtsgenusses ist, haben auch heutzutage staatliche Verwaltungsbehörden, freilich in engeren Grenzen als ehedem, eine Rechtsfürsorge für privatrechtliche Ansprüche an sich und nicht bloß, soweit sie ein immanentes Moment der volkswirtschaftlichen Verwaltung bildet, zu betätigen. Im modernen Verwaltungsrechte[9]) wird diese Fürsorge als gemeine Privatrechtsverwaltung bezeichnet und umfaßt zunächst Akte der Privatrechtspflege, aber auch solche der Privatrechtspolizei. Als Akte der ersteren Art ist die Verleihung der Rechtspersönlichkeit an Erwerbsvereine, die Beurkundung von Tatsachen des Familienstandes, die Mitwirkung bei Begründung bestimmter Rechtsverhältnisse: Assistierung beim Abschlusse einer Notzivilehe und bei Ehen Konfessionsloser, ferner Genehmigung der Errichtung von

[9]) J. Ulbrich, Handbuch des österr. Verwaltungsrechts, S. 370.

Digitized by Google

Aktien- und Kommanditaktiengesellschaften (Art. 174, 208 HGB.), die Evidenzhaltung von Immaterialgüterrechten (Patent- und Musterregister) und Ähnliches hervorzuheben. Die Privatrechtspolizei äußert sich als Beschränkung juristischer Personen bei der Vornahme bestimmter Rechtsgeschäfte zum Schutze der Gläubigerschaft aus solchen Rechtsverhältnissen, die aus der Eingehung eben derartiger Geschäfte entspringen, z. B. Beaufsichtigung von Erwerbsvereinen, der Bank-, Sparkassen- und Versicherungsbetriebe juristischer Personen.

Bei Einführung der Jurisdiktionsnorm vom 1. August 1895, Nr. 111 RGBl., wollte die Gesetzgebung keine Änderungen im Umfange der den ordentlichen Gerichten zugewiesenen Rechtsangelegenheiten vornehmen, wie die Motive der Regierungsvorlage einer Jurisdiktionsnorm zu § 1 ausdrücklich zu bemerken für nötig erachten. Selbstverständlich ergab sich somit keine Verschiebung der Machtsphäre der Gerichte und Verwaltungsbehörden in Adoptionsfällen bei Übertragung des Adels und Wappens nach bestätigter Adoption (§ 261 Pat.). Aber auch bei Abgrenzung der Tätigkeit der ordentlichen Gerichte im Streitverfahren und im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit sollte bei dem *status quo* verharrt werden.

Nur in einem Punkte kam es gemäß Art. XVI EG. zur JN. zu einer Verrückung der in der Praxis festgehaltenen Grenzlinie zu Gunsten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Es geschah dies bei der Feststellung der Vaterschaft zu einem unehelichen Kinde behufs seiner Legitimation durch nachgefolgte Ehe und bei Erhebung des nachträglichen Fortfalles oder der schuldlosen Unwissenheit von einem Ehehindernisse behufs Legitimation in der Ehe geborener Kinder bei vorher eingetretenem Ableben ihres Erzeugers.[10])

Die Umschreibung des Umfanges der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Detail nach dermal geltendem Rechte, an welche nunmehr gegangen werden muß, kämpft mit der Schwierigkeit, daß die einzelnen Betätigungen der Amtswirksamkeit der Gerichte und Notare bald als selbständige Akte in isolierter Existenz, bald als Elemente einer aus solchen Teilakten sich zu-

[10]) Stupecký, Legitimation unehelicher Kinder (1897, S. 20, Anm. 69 des Separatabdrucks aus dem Právník, 1897).

Digitized by Google

sammensetzenden Rechtseinrichtung, z. B. der Verlassenschaftsabhandlung (d. i. der Klarstellung des Erbanspruches und der Auseinandersetzung unter Miterben), des Pflegschaftsverfahrens und Ähnliches in Betracht kommen, gleichwohl behufs Erfassung ihres Wesens einzeln hervorgehoben werden müssen, während das Gesetz sie im letzteren Falle nur als Glieder in der Reihe der unter einer einheitlichen Bezeichnung zu einem Komplex zusammengefaßter Rechtsfürsorgeakte kennt.

Im Bereiche der freiwilligen Gerichtsbarkeit[11]) ist dem Wesen nach zu unterscheiden:

I. die Amtstätigkeit zwecks zuverlässigen Rechtsverkehrs möge es sich um Erwerb, Übertragung oder Aufhebung von Rechten handeln: *a)* durch Verifikation, d. i. Feststellung gewisser für den Privatrechtsverkehr erheblicher Tatumstände mittels amtlicher Erklärung oder Bestätigung (Amtszeugnis), sei es im Bereiche des Personenstandes, des Vermögens- oder Beweisrechtes. Hieher fallen die gerichtlichen Erklärungen, daß eine bestimmte Person als tot, als geisteskrank oder Verschwender zu behandeln (§§ 273, 277 ABGB.), ferner daß ein Kind der Rechte eines ehelichen teilhaftig ist (Legitimationsfälle Art. XVI JN., § 113 JN.), daß gewisse Personen als wahre Erben eines bestimmten Erblassers anzuerkennen sind (§ 797 ABGB., § 149 Pat.) Es gehört hieher auch die Beurkundung einer Grenzerneuerung, falls zu befürchten steht, daß die Grenzen un-

[11]) Bestritten ist das Wesen der Sicherung des Beweises. Im allgemeinen darf diese Rechtsinstitution dann dem Prozeßrechte zugezählt werden, wenn während der Streitanhängigkeit zu Zwecken des in Verhandlung stehenden Streits eine antizipierte Beweisaufnahme erfolgte oder zwar vor dessen Beginn, aber doch bei Gefahr des Beweisverlustes oder der Beweiserschwerung. Dagegen ist Beweissicherung ein Akt freiwilliger Gerichtsbarkeit, wenn ohne diese Voraussetzung Mängel einer Sache oder eines Werks festzustellen sind, deren wegen der Gegner (Veräußerer, Werksunternehmer) Gewähr leisten soll (§ 384, II. ZPO.), oder wenn über Anlangen des Kommissionärs, Spediteurs oder Frachtführers der Zustand des Guts sicherzustellen ist (Art. 348, 365, 407 HGB.; Art. XLIV ZPO.). Denn in diesen Fällen soll die Entstehung von Rechtsansprüchen (Gewährleistung, Schadenersatz) durch zweifellose Feststellung ihrer tatsächlichen Grundlagen gesichert werden (vgl. auch Dr. R. Schmidt, Die Änderungen des Zivilprozeßrechts nach den Novellen des Jahres 1898, S. 23, welcher nur mit einer Einschränkung der gleichen Anschauung ist; K. Schneider in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, XIX., S. 105, der sogar Beweissicherung vor Prozeßbeginn ohne Unterschied dem Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit vindiziert).

Digitized by Google

kenntlich werden könnten (§ 850 ABGB. und Spruchrepertorium Nr. 179), die Bestätigung der Unverletztheit einer Pupillarpfandsicherheit bei lastenfreier Grundabtrennung und Eisenbahnenteignung (Ges. vom 6. Februar 1869, Z. 18 RGBl., § 9; Ges. vom 18. Februar 1878, Z. 30 RGBl., § 22) und der gemeinrechtlichen Judizialdeposition, d. h. des Erlages einer Schuld zu Gericht mit Wirkung der Zahlung (§ 1425 ABGB., Art. 40 WO.) Schließlich sind noch als Verifikationsakte zu erwähnen die Urkundenerneuerung (§ 317 ZPO.) und -Amortisation (§ 115 JN.), die Protestation von Wechseln und anderen kaufmännischen Papieren (Art. 87 WO., § 56 GOG., § 89 NO.), die Feststellung der Echtheit einer Unterschrift durch Legalisation (§ 285 Pat., § 79 NO.), insbesondere auch in der Form des gemeinrechtlichen Rekognitionsattestes, d. h. der Bestätigung eigenhändiger Fertigung auf Grund ihrer nachträglichen Anerkennung seitens des Ausstellers, sodann notarielle Beurkundungen mannigfacher Art, jedoch nur im Umfange ihrer taxativen Aufzählung im § 76 NO. (mit Ausnahme des in die zweite Gruppe der Amtshandlungen freiwilliger Gerichtsbarkeit gehörigen Intimationsakte als der Mitteilung von Willenserklärungen § 83 NO.) und die Bestätigung von Seeunfällen (Seeverklarung) § 49 JN., deren Grundlage wohl die Eintragungen in das Schiffsjournal (Ges. vom 25. November 1885, Z. 140 RGBl., §§ 4, 5) und die Einvernahme der Schiffsmannschaft bilden.[12]) *b)* durch Solemnisation, d. h. Mitwirkung bei Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechtsverhältnissen im Bereiche des Familien- und Vermögensrechtes. Dadurch wird der Rechtshandlung selbst ein höheres Maß von Gewißheit und Zuverlässigkeit, aber auch von Rechtsbeständigkeit gesichert, nicht minder durch Errichtung einer öffentlichen Urkunde hierüber, deren Beweis möglichst bewahrt und erleichtert. Fälle dieser Art sind: die Entgegennahme des Widerspruches eines Ehemannes bei Gericht gegen die Ehelichkeit des nach Eheabschluß vor Ablauf der gesetzlichen Frist geborenen Kindes seiner Gattin (§ 156 ABGB.)[13]), gerichtliche Mitwirkung bei Annahme an Kindesstatt

[12]) Vgl. das *Editto politico di navigazione* der Kaiserin Maria Theresia vom 1. April 1774, Art. III, § 45.

[13]) Erst während der Kommissionsberatungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches hat der Referent v. Zeiller beantragt, die Bestimmung des westgalizischen bürgerlichen Gesetzbuches (Pat. 13. Februar 1797, Z. 337 JGS.),

Digitized by Google

(§ 113 JN.) und (trotz ursprünglich grundsätzlicher Opposition dagegen in der Beratungskommission des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches) auch bei Übernahme eines Kindes in die Pflege, insofern dessen Rechte geschmälert oder ihm besondere Verbindlichkeiten auferlegt werden sollen (§ 186 ABGB.; vgl. Ofner, Beratungsprotokolle des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches I, S. 171, II, S. 513), ferner Assistenz des Gerichtes bei einverständlicher Scheidung einer Ehe überhaupt (§ 105 ABGB.) und freiwilliger Trennung der Ehe von Israeliten (§ 133 ABGB.), Vertragsabschluß in Form eines Notariatsaktes, Testamentserrichtung vor Gericht oder Notar, desgleichen Widerruf in welch immer Form errichteter letztwilliger Erklärungen vor diesen Amtspersonen (§ 587 ff., 719 ABGB., §§ 52, 70, 75 NO.), freiwillige Feilbietung von Fahrhabe in den oben gedachten Ausnahmsfällen (§ 269 Pat.) und von unbeweglichen Gütern ohne Unterschied (§ 277 Pat.), gerichtliche Erbschaftsteilung unter eigenberechtigte Erben (§ 170 Pat.), Kündigung eines Hypothekarkapitales (§ 116 JN.), oder eines Bestandvertrages über unbewegliches Gut bei Gericht (§ 562 ZPO.) und Intimationsakte des Notars über Rechtserklärungen welcher Art immer (§ 83 NO.), deren Ursprung wohl auf die römisch-rechtliche *detestatio (i. e. denuntiatio facta cum testatione* fr. 40, fr. 238, § 1, D. 50, 16) zurückreicht. Da der Einkindschaft (§ 1259 ABGB.) vom österreichischen Rechte schon seit Kaiser Josefs II. Zeiten (v. Hock, Österreichischer Staatsrat, S. 292), wie dessen Gesetzbuch bezeugt (I. Teil, § 33), keine rechtliche

---

I. Teil, § 133, die sich mit dem einfachen Widerspruche des Ehemannes gegen die Ehelichkeit begnügte, dahin abzuändern, daß eine gerichtliche Protestation erforderlich sei (Ofner, Beratungsprotokolle des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, I., S. 152). Mit dieser in das Gesetz aufgenommenen Anordnung wurde eine Ausnahme von dem Grundsatze geschaffen, der zur Erläuterung der allgemeinen Josefinischen Gerichtsordnung mit Hofdekret vom 25. Juni 1789, Z. 1026 JGS. ausgesprochen worden war, daß es zur Rechtsgeltendmachung stets einer Klage bedürfe und gerichtliche Protestationen wirkungslos seien. Hierin hat die Bestimmung des § 227 der ZPO. über Feststellungsklagen gegenüber § 156 ABGB. keine Änderung bewirkt; mit Rücksicht auf Art. VI, Z. 1 EG. zur ZPO. bedarf es keiner negativen Feststellungsklage des Ehemannes zur Erreichung der Aberkennung der Ehelichkeit. Vgl. meine Systematische Einführung in das Studium des neuen Zivilprozeßrechts (böhmisch, 1898, II. Bd., S. 20 und österr. GZ. 1899, S. 35; ebenso Tilsch, Einfluß der Zivilprozeßgesetze auf das materielle Recht in der österr. GZ., 1899, S. 301; II. Aufl., S. 52.

Digitized by Google

Wirkung beigemessen wird[14]), entfällt die Erwähnung der in fremden Gesetzgebungen (wie z. B. früher im preußischen a. L. R., II. Teil, Titel 2, § 721) vorgeschriebenen Solemnisation durch Vertragserrichtung unter Mitwirkung des Gerichtes. Nicht zu vergessen ist, daß die Solemnisation von obligatorischen Verträgen bei Gericht gemäß § 293 Pat. und Hofdekret vom 15. Dezember 1824, Z. 2057, JGS., seit Durchführung der Organisation des Notariates unzulässig ist, mit Ausnahme der im Handelsgesetzbuche vorgeschriebenen Errichtung einer Aktienkommandit- oder Aktiengesellschaft in dieser Form, wozu nach dem Aktienregulativ auch Änderungen des ursprünglichen Gesellschaftsvertrages hinzutreten (Art. 174, 208 HGB., §§ 13, 15, Aktienregulativ vom 20. September 1899, Z. 175 RGBl.). Die Kompetenzbestimmung des § 121 JN. erhärtet dies aufs Klarste. — Bloß für Tirol ist mit dem, grundbuchsrechtliche Sonderbestimmungen enthaltenden Gesetze vom 17. März 1897, Z. 77 RGBl., Art. XI, die Errichtung von Verträgen und Erklärungen, die sofort verbüchert werden sollen, in Protokollform vor Gericht vorbehalten worden.

Die Solemnisation beim Eheabschlusse, sowie Beurkundung der eingegangenen Ehe, der Geburten (einschließlich der Vaterschaftsanerkennung über Angeben der unehelichen Mutter § 164 ABGB.) und der Sterbefälle ist nach dem ABGB. §§ 75, 80, 127, 128 Sache der Seelsorger oder besonderen Matrikenführer ohne Unterschied der Konfession. Matrikenauszüge bieten als öffentliche Urkunden (auch bei Israeliten, Ges. vom 10. Juli 1868, RGBl. Nr. 12) über diese Tatumstände vollen Beweis (§ 293 ZPO.) gegen jedermann. Sofern es sich um Abschluß und Evidenzhaltung von Notzivilehen und von Ehen zwischen Personen handelt, die keiner gesetzlich anerkannten Kirche oder Religionsgesellschaft angehören, oder soweit Eintragungen von Geburten und Todesfällen solcher Personen im Personenstandsregister in Frage kommen, tritt die Kompetenz der staatlichen Verwaltungsbehörden gemäß dem Ges. vom 25. Mai 1868, Z. 47, RGBl., Art. II und vom 9. April 1870, RGBl. Nr. 51 ein.

Nach der seit Kaiser Josef II. herrschend gewordenen Auffassung der Ehe als eines bürgerlichen Vertrags erblickt die Gesetz-

[14]) Diese im westgalizischen Gesetzbuche, I., § 163, aufgenommene Rechtseinrichtung fand in das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch keinen Eingang (Ofner, zit. Beratungsprotokolle, I. Bd., S. 171; II. Bd., S. 513).

Digitized by Google

gebung in dem Eheabschlusse ein Rechtsgeschäft, das mit Rücksicht auf seine Solemnisation der freiwilligen Gerichtsbarkeit angehört, trotz der zufolge historischer Entwicklung eingetretenen Kompetenzverschiebung zu Gunsten der Seelsorger der einzelnen Konfessionen.

Die Beurkundung der Geburts- und Todesfälle wird als Evidenzhaltung der Bevölkerung im modernen Verwaltungsrechte für die Administrativbehörden beansprucht. Dieses „abstrakte Ermittlungsverfahren" von Tatsachen (Ulbrich: Handbuch des österr. Verwaltungsrechts, 1904, S. 292) bildet eine Fürsorgetätigkeit für die Bevölkerung. Die den Bezirkshauptmannschaften vorbehaltene Entgegennahme von Erklärungen der Angehörigen eines bestimmten Religionsbekenntnisses über ihren Austritt aus der Kirche oder sonstigen Religionsgemeinschaft ist zweifellos ein Akt staatlicher Verwaltung, weil hierin ein Verzicht auf die den austretenden Glaubensgenossen als Mitgliedern einer bestimmten öffentlichrechtlichen Organisation bisher zustehenden Rechte beruht, was aus Rücksichten der öffentlichen Ordnung in Evidenz zu halten ist.[15])

Endlich betätigt sich die Unterstützung gesicherten Rechtsverkehres:

c) durch amtliche Eintragung von Rechtsverhältnissen und rechtlich erheblichen Tatsachen in von Gerichten geführte, öffentlicher Einsichtnahme zugängliche Aufzeichnungen (öffentliche Bücher, Handels- und Genossenschaftsregister), um entweder hiedurch Dritten gegenüber Rechtswirksamkeit zu gewinnen oder nur auf diesem Wege kundgemacht und zur allgemeinen Kenntnis gebracht zu werden (sogenannte Insinuation nach gemeinem Rechte). Die im Rechtsverkehr überaus bedeutsamen Rechtsgeschäfte über absolut wirkende Rechte an Immobilien und der den Handel befruchtende Kredit finden hierin ihre verläßlichste Stütze.[16])

---

[15]) Die Erklärung über den Austritt aus der Kirche ist nach einzelnen, in Deutschland auch dermal noch in Kraft stehenden landesgesetzlichen Bestimmungen bei Gericht anzubringen (Schneider in der Zeitschr. für deutschen Zivilprozeß, XXIX. Bd., S. 97).

[16]) Auch das Verfahren in Handelsregistersachen unterliegt laut des § 15 EG. zum HGB. „dem Gesetze über das Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen" und schöpft aus diesem seine grundsätzliche Gestaltung. Es wäre somit vom Standpunkte des österreichischen Rechts verfehlt, dies gedachte Verfahren lediglich als ein amtswegiges, im öffentlichen Interesse durchzu-

Digitized by Google

In sämtlichen bisher erwähnten Richtungen unterstützt die freiwillige Gerichtsbarkeit das materielle bürgerliche Recht unmittelbar, um ihm seine volle Wirksamkeit zu sichern.

II. Die Tätigkeit der Gerichte äußert sich ferner als Fürsorge, um etwa möglichen Beeinträchtigungen gültig erworbener Rechte und bestehender Rechtsverhältnisse für die Zukunft vorzubeugen, jedoch nur dann, wenn es sich um die unter besonderem gesetzlichen Schutze stehenden Personen handelt (§ 2 Pat.) oder insofern die Obsorge über Fideikommisse (§ 627 ABGB., § 256 Pat.) in Betracht kommt. Damit werden zugleich alle Hemmnisse verläßlicher Rechtsgestaltung beseitigt, die bei der mangelnden Eigenberechtigung Schutzbefohlener als Eigentümer und Gläubiger im Verhältnisse zu Dritten obwalten; auch wird bei gebundenen Vermögensmassen (Fideikommissen) verhütet, daß unbefugterweise dem Rechte sein Gegenstand entzogen wird. Gesetzliche Schutzbefohlene sind aber Mündel und Pflegebefohlene, einschließlich der Ungeborenen (§ 187 ABGB.) und der Abwesenden, sowie der unbekannten Teilnehmer an einer Angelegenheit (§ 276 ABGB.). Ihnen ist Fürsorge vornehmlich im Verlaßabhand-

führendes Ordnungsstrafverfahren aufzufassen (wie es für das deutsche Recht in der Entscheidung des deutschen Reichsgerichts, II. Bd., S. 223 ff.; von Dr. E. Josef, Lehrbuch der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Deutschen Reiche, 1902, S. 97, geschieht). Die Ordnungsstrafe bildet nicht den Schwerpunkt des Verfahrens, ist vielmehr nur Mittel zur Erreichung des Zwecks, nämlich der möglichsten Vollständigkeit, Wahrheit und Verläßlichkeit des Registers. Die Eröffnung des Verfahrens nach Umständen infolge einer von den dazu verpflichteten Behörden erstatteten Anzeige kann nicht als Analogon der Einleitung eines Strafverfahrens hingestellt werden, wenn erwogen wird, daß das Verlassenschaftsabhandlungsverfahren stets von Amts wegen zufolge Anzeige des Todesfalles seitens des dazu verbundenen Amtsorganes eröffnet wird und gewiß eine nähere Analogie bietet. Der Umstand endlich, daß zur Anbringung des Ansuchens um Eintragung registerpflichtiger Tatsachen der hiezu Verpflichtete durch Ordnungsstrafen verhalten werden kann (§ 12 EG. zum HGB.), bietet nichts Auffallendes (vgl. § 19 Pat.) und stempelt das Verfahren nicht zu einem Ordnungsstrafverfahren. Denn auch bei dem behufs möglichster Übereinstimmung des Bucheintrags mit dem wirklichen Bestande nach dem Ges. vom 23. Mai 1883, Z. 82 RGBl. eintretenden amtlichen Eingreifen kann das Grundbuchsgericht infolge Anzeige der Katastralbehörde oder des Verlassenschaftsabhandlungsgerichts die säumige Partei durch Ordnungsstrafen zur grundbücherlichen Ordnungsherstellung rücksichtlich des Eigentumseintrags verhalten, obwohl das hiebei einzuhaltende Vorgehen „sich nach den Bestimmungen über das Verfahren in nichtstreitigen Angelegenheiten zu richten“ hat, somit diesem angehört.

Digitized by Google

lungsverfahren (§§ 43, 66 II, 77, Z. 1, 92, Z. 1, 160, 165, 172, 174, Z. 4 Pat.) zu gewähren und durch Bewirkung der Pupillardeposition (§§ 229, 282 ABGB.) zu verstärken. Da bei Verlassenschaften häufig nicht leicht erhoben werden kann, wer als Erbe anzuerkennen ist, bedarf es bis zur Ausforschung der unbekannten Erben der von Amts wegen einzuleitenden Kuratel der liegenden Erbschaft (§ 128 Pat.).

Aus dem Gesichtspunkte gesetzlicher Obsorge für unbekannte Teilnehmer (§ 276 ABGB.) erklärlich erscheinen die Maßnahmen rücksichtlich des Vermögens eines durch die Verwaltungsbehörde aufgelösten Vereins, die im Interesse der Gläubiger zu ergreifen sind (VerG. vom 26. November 1852, Z. 253, RGBl., § 26; vom 15. November 1867, Z. 134, RGBl., § 27).

In letzter Linie gereicht die für unbekannte Erben geübte Fürsorge dem Staate selbst zum Vorteile; denn erblose Verlassenschaften sind dem Staate, falls er durch seine Vertreter dazu sich bereit erklärt[17]), auszufolgen (§ 130 Pat.), während freilich bezüglich des Vermögens inländischer, durch Auflösung ihrer Rechtspersönlichkeit beraubter Vereine ein *droit d'épave* mangels der Zulässigkeit analoger Anwendung des § 760 ABGB. nicht stattfindet, vielmehr eine Vermögenseinziehung seitens des Fiskus durch Epavierung nur bei Aufhebung einer ausländischen juristischen Person in ihrem Heimatsstaate in dem durch das Hofdekret vom 26. September 1846, Z. 985 JGS. geregelten Verfahren eintreten kann.[18])

Die Obsorge für den unversehrten Bestand des Stammvermögens bei Fideikommissen führt gemäß § 230 Pat. zur Ersichtlichmachung des Fideikommißbandes im öffentlichen Buche und zur gerichtlichen Deponierung der das Pekuniarfideikommiß bildenden Wertpapiere. Es ist unverkennbar, daß in den vorerwähnten Fällen die Gerichte Akte einer, Schädigungen vorbeugenden Verwaltung, somit der Rechtspolizei ausüben.

Wie oben hervorgehoben wurde, soll wegen bloß möglicher Beeinträchtigung bereits bestehender Rechte nur ausnahmsweise

---

[17]) Die Notwendigkeit einer solchen Erklärung beleuchtet auf das überzeugendste ein, in den Mitteilungen für den Finanzprokuratursdienst, IV. Jahrgang, 1904, Nr. 113, veröffentlichter praktischer Fall.

[18]) Vgl. Pfaff, System des österreichischen bürgerlichen Rechts, III. Aufl., S. 172, Note 3) und Jettel, Internationales Privat- und Strafrecht, S. 68.

Digitized by Google

präventiver Rechtsschutz dargeboten werden. Es kann somit bei bloßer Befürchtung einer Benachteiligung nicht im Verfahren außer Streitsachen die Bestellung einer Sicherheit von seiten des Eigentümers gegen den Fruchtnießer, des fideikommissarischen Nacherben gegen den Fiduziar, des Heiratsgutsbestellers (auch der Gattin selbst) gegen den Ehemann und des Legatars gegen den Erben (§§ 520, 613, 1245, 688 ABGB.) in Anspruch genommen werden. Vielmehr darf dies nur bei einer sich in der Tat bereits äußernden Gefahr (Ofner: Beratungsprotokolle des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, I, S. 319, 368; II, S. 148) im Rechtswege, im letzten Falle aber unter den Voraussetzungen einstweiliger Verfügungen nach den Vorschriften der Exekutionsordnung (Ofner, l. c. II, S. 546) erfolgen.[19]) Ausnahmen bestehen nur für den fideikommissarischen Substituten während des Abhandlungsverfahrens, weil bereits im Testamentsbefolgungsausweise die erfolgte genügende Sicherstellung darzutun ist (§ 158 Pat.) und für Legatare, deren Vermächtnisse wegen Nichtablauf der gesetzlichen Frist oder wegen einer im letzten Willen beigefügten Zeitbestimmung oder Bedingung noch nicht gefordert werden können oder deren Vermächtnis dauernde Leistungen (*legata annua, menstrua* u. ä.) bilden. Solche Vermächtnisnehmer können während des Verlaßabhandlungsverfahrens den Kautionsanspruch im nichtstreitigen Verfahren geltend machen (§ 161, II Pat.); nach dessen Abschluß erübrigt nur der Rechtsweg (§§ 19, 1497 ABGB.).

An der Grenze des Arbeitsfeldes der Rechtsfürsorge zu Gunsten der, besonderem gesetzlichen Schutze empfohlenen Personen und des letzten noch erübrigenden Gebietes, auf welchem die Gerichte ihre Tätigkeit durch Regelung zum Streite strebender Rechtsbeziehungen zwischen mehreren Interessenten aus Zweckmäßigkeitsrücksichten ohne Anwendung prozessualer Formen entfalten, liegen Erbschaftsauseinandersetzungen unter eigenberechtigten und schutzbefohlenen Miterben. Als geeignete Mittel zu diesem Zwecke dienen: provisorische Sicherung der Teilungsmasse durch Nachlaßsperre, deren genaue Ausmittlung durch Inventur, eventuell Teilbarmachung durch Versteigerung,

[19]) Rintelen setzt in seiner gründlichen Monographie: Die einstweilige Verfügung, 1905, S. 18 ff., in zutreffender und erschöpfender Weise die Unterschiede zwischen dem materiellrechtlichen Kautionsanspruch und dem der einstweiligen Verfügung zu Grunde liegenden Sicherungsanspruch auseinander.

Digitized by Google

endlich Aufteilung oder Zuteilung der Nachlaßobjekte. Es handelt sich hiebei nicht um bereits streitige, sondern nur um unausgetragene, den Keim von Streitigkeiten in sich bergende rechtliche Interessen.

Am Schlusse der Ausführungen über beide Hauptgruppen der Amtshandlungen des außerstrittigen Verfahrens geziemt es sich unter Hinweis auf das eingangs derselben Gesagte ergänzend hervorzuheben, daß das positive Recht ihrem Wesen nach in verschiedene Haupt- und Nebengruppen fallende Amtsakte zu Rechtseinrichtungen mit einheitlicher gegenständlicher Bezeichnung zusammenfaßt; so z. B. Akte der Rechtspolizei (Sorge für unbekannte oder pflegebefohlene Erben), Solemnisationen (Erbteilung) und Verifikationen (Einantwortungsdekret) als einheitliches Ganze der Verlassenschaftsabhandlung. Ähnlich als Pflegschaftsverfahren: Verifikationen (Erklärung einer Person als irrsinnig), Solemnisation (Genehmigung von Verträgen des Kurators über Vermögensobjekte des Pflegebefohlenen), Rechtspolizeiakte (Prüfung der Kuratelsrechnung und Obsorge über die Person des Geisteskranken). Die Wissenschaft des modernen Verwaltungsrechtes gibt es ohne Rückhalt zu, daß die „freiwillige Gerichtsbarkeit einmal Bestandteile der Rechtspflege enthält, insofern Privatrechte durch richterliche Entscheidungen, ohne daß ein Rechtsstreit vorliegt, anerkannt und damit gegen künftige Bestreitung gesichert werden, aber auch Elemente der Interessenfürsorge, also Verwaltung, insofern den Gerichten die Obsorge für die Verwaltung gewisser Vermögensmassen mit Erteilung des Konsenses zu bestimmten Rechtsgeschäften zukommt“ (Ulbrich, Lehrbuch des österreichischen Verwaltungsrechtes 1903, S. 21, 48).

III. Gewichtige Opportunitätsgründe führten endlich dazu, daß die Regelung gewisser Streitfälle dem Rechtswege entzogen, gleichwohl dem Gerichte vorbehalten, jedoch zur endgültigen Beilegung, nicht etwa nur zu provisorischer Schlichtung, in das nichtstreitige Verfahren verwiesen wurde. Hieher gehören:

a) gewisse Differenzen zwischen Ehegatten und zwischen Eltern und Kindern aus der Rücksicht, daß das besonders zarter Pflege bedürftige ehegattliche und elterliche Verhältnis im öffentlichen Interesse nicht durch Gestattung eines Prozesses über die gegenseitigen persönlichen Rechtsbeziehungen getrübt, obwal-

Digitized by Google

tende Zwistigkeiten verschärft und damit eine dauernde Verbitterung in den Familienkreis hineingetragen werde. Alles liegt hier daran, die Streitpunkte so rasch und so unauffällig wie möglich zu beseitigen, nicht aber erst nach den aufregenden Weiterungen eines Prozesses mit rauher Hand zu entscheiden. Es sind dies jene Streitfälle, für welche die JN., § 50, Z. 3 die Kompetenz der Gerichtshöfe erster Instanz mit Rücksicht darauf ausschließt, daß sie „nach den gesetzlichen Vorschriften im nichtstreitigen Verfahren zu erledigen sind".

Soweit die ehegattlichen Rechtsbeziehungen in Frage kommen, ist es klar, daß die eheherrlichen Rechte des § 92 ABGB. zu den rein bürgerlichen Wirkungen der Ehe gehören, zu deren Handhabung die Gerichte im Rechtswege berufen sind, zumal auch diese Rechte und Pflichten durch Vereinbarungen und mancherlei Umstände Abänderungen erfahren können (Erlaß des Kultusministeriums im Einvernehmen mit dem Justizministerium vom 1. März 1868, Z. 825). Dies gilt insbesondere von der Pflicht der Gattin zur ehelichen Folge (§ 92 ABGB.) und der korrelaten Pflicht des Gatten zur Aufnahme in die Hausgemeinschaft (vgl. § 382, Z. 8 EO.), sowie von der Verpflichtung zur Gewährung des anständigen Unterhaltes der Ehegattin nach Maßgabe des Vermögens des Ehemannes (§ 91 ABGB.; vgl. Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes, neue Folge, II, Nr. 277).

Der Erledigung im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit sind aber entgegen zu führen: die Streitigkeiten über die Berechtigung der Ehegattin, bei verweigerter Zustimmung ihres Gemahls Handelsfrau zu sein, d. h. es zu werden oder zu bleiben (§ 6, EG. zum HGB.)[20]), sowie Mißverständnisse betreffs der Kindererziehung nach erfolgter Scheidung oder Trennung der Ehe (§ 142 ABGB). Insbesondere wird das Gericht im letzteren Falle ohne Zulassung eines Rechtsstreites Anordnungen treffen, welche den Verkehr des zur Sorge für die Person des Kindes nicht berufenen Gatten mit dem Kinde regeln.

In unserem bürgerlichen Rechte wurde bereits vorgesehen, daß es zu den verwickelten und zahlreiche Mißhelligkeiten ver-

[20]) A. Rintelen, a. a. O., S. 59, will unter dem Gesichtspunkte des § 381, Z. 2 EO., der Handelsfrau provisorisch die Bewilligung zum Handelsbetriebe erteilen während des anhängigen Verfahrens und für dessen Dauer.

Digitized by Google

anlassenden Prozessen zwischen der Gattin und ihrem Ehemanne aus dem eheherrlichen Verwaltungsrechte (wegen der Nutzungen hieraus), sowie aus einem dem Ehemanne abgetretenen, aber von der Gattin dennoch während der Ehe selbst ausgeübten Nutzgenusse, nicht kommen kann. Denn die Rechnung hierüber wird bis auf den Tag der aufgehobenen Verwaltung für berichtigt angesehen (§§ 1239, 1240 ABGB.). Mit Recht genügt zur Endigung dieser Verhältnisse ein außergerichtlicher, freilich erweislicher Widerruf (etwa auch durch notariellen Intimationsakt § 83 NO.), ohne daß es einer Klage oder auch nur eines Antrages bei Gericht bedürfte. Aus wohlerwogenen Gründen hielt die Beratungskommission des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches in diesem Punkte an der bestehenden Übung fest, wie der Referent von Zeiller anläßlich der Erörterung des § 1238 ABGB. hervorhob, was die Ablehnung des von der Prager Rechtsfakultät gestellten Antrages, daß die erwähnten Willenserklärungen der Gatten bei Gericht zu geschehen haben, zur Folge hatte (Ofner, l. c. II, S. 142).

Insoweit das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern in Betracht kommt, ist im nicht streitigen Verfahren die Entscheidung zu treffen über die Grundhältigkeit der verweigerten väterlichen Zustimmung zur Ehe eines Minderjährigen und zur Adoption eines großjährigen Kindes (§§ 52, 181 ABGB.), sowie über die Zulässigkeit einer Änderung der vom Vater getroffenen Bestimmung eines gewissen Berufes für sein bereits mündiges Kind (§ 148 ABGB.) infolge der, letzterem auch vor dem 18. Jahre (vgl. Ofner, Beratungsprotokolle des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, I. Bd., S. 147) eingeräumten Einsprache; über den, Kindern oder Enkeln, die sich selbst zu ernähren unvermögend sind, verweigerten Unterhalt (§§ 141, 178 ABGB.; betreffs der Enkel vgl. Entscheidung des Obersten Gerichtshofes, II. Bd., Nr. 282)[21]); über

[21]) Mit überzeugenden Gründen vertritt A. Rintelen, a. a. O., S. 34, die Unzulässigkeit einer einstweiligen Vorkehrung bei Verweigerung des väterlichen Ehekonsenses; wäre doch eine provisorische Zustimmung zum Eheabschluß wertlos. Auf S. 290 wird darauf hingewiesen, daß die provisorische Entziehung der väterlichen Gewalt bei deren Mißbrauch bis zum Zeitpunkte der definitiven Entziehung gemäß § 178 ABGB. auch fernerhin verfügt werden darf (arg. Art. I. EO.). Endlich wird auf S. 289 darauf aufmerksam gemacht, daß § 382, Z. 8 EO., die Bestimmung eines den Kindern vom Vater einstweilen zu leistenden Unterhalts als eine einstweilige Verfügung ausdrücklich hervorhebt.

Digitized by Google

die Bestellung eines angemessenen Heiratsgutes für die ledige oder bereits verehelichte minder- oder großjährige Tochter (betreffs letzterer SpR. Nr. 178), sowie einer solchen Ausstattung für den Haussohn (§§ 1220, 1231 ABGB.). Die Ausschließung des Rechtsweges in den beiden letzterwähnten Fällen hatte sich schon unter der Geltung des westgalizischen bürgerlichen Gesetzbuches bewährt, weshalb es hiebei im allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche verblieb (Ofner, a. a. O., II., S, 136).

In Konsequenz dessen, daß die Bemessung des einem Kinde gebührenden Unterhaltes im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit erfolgt, hat bei Zwangsvollstreckung eines Gläubigers des Vaters wegen einer Geldschuld in den väterlichen Nießbrauch (§ 150 ABGB.) das Vormundschaftsgericht von Amts wegen darüber zu entscheiden, welcher Betrag aus den Erträgnissen des Nießbrauches zur Bestreitung des standesmäßigen Unterhaltes des Kindes unter Berücksichtigung der im § 219 ABGB. hervorgehobenen Gesichtspunkte frei bleiben muß (§ 336 EO.) Es bedarf sonach keiner Exekutionsintervention im Sinne des § 37 EO. seitens eines *ad hoc* zu bestellenden Kurators zur Wahrung der Rechte des Kindes gegen den betreibenden Gläubiger des Vaters.

Trotzdem endlich keine Familienbande den außerehelichen Erzeuger eines Kindes an dessen Mutter knüpfen, kann aus öffentlichen Rücksichten nicht einem Rechtsstreite zwischen ihnen über das Erziehungsrecht zu ihrem Kinde Raum gegeben werden, vielmehr muß diese Frage nur im außerstrittigen Verfahren vom Vormundschaftsgerichte gelöst werden (§ 169 ABGB.). Auf diesem Wege könnte es auch von Amts wegen zur zwangsweisen Abnahme des Kindes gegenüber seiner Mutter kommen (§ 19 Pat.), wenn dessen Sittlichkeit und Erziehung bei Belassung unter mütterlicher Obhut gefährdet würde, z. B. bei einer umherziehenden Komödiantentruppe. Der Adoptivvater eines unehelichen Kindes wird seine Rechte (§ 181 ABGB.) zu diesem der Mutter gegenüber selbstverständlich auch nur im Verfahren außer Streitsachen durchsetzen (§ 145 ABGB.).

Streitigkeiten über den Vorrang einer Berufung zur Vormundschaft können nach der Gestaltung der *potioris nominatio* im österreichischen Vormundschaftsrechte (vgl. die überzeugenden Ausführungen Pfaffs in der Zeitschrift f. Notariat, 1901, S. 401 ff., Separatabdruck, S. 44 ff.) nur im Verfahren außer Streitsachen

Digitized by Google

ihre Lösung finden (§§ 258 bis 260 ABGB.), trotzdem die Verwirklichung der im Gesetze getroffenen Rangordnung nicht von dem Ermessen des Vormundschaftsgerichtes abhängt, vielmehr ein Recht auf die Vormundschaft gesetzlich anerkannt wird.[22])

b) Im Hinblicke auf mitberührte öffentliche Interessen erfolgt im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit auch die Regelung gewisser rein vermögensrechtlicher Fragen, an deren Austragung nicht durch verwandtschaftliche Bande verknüpfte Personen interessiert sind. Dies trifft zu bei Ausmessung des Entschädigungsbetrags bei Enteignung von Grundeigentum zum Baue von öffentlichen Eisenbahnen (Ges. vom 18. Februar 1869, Z. 30, RGBl., § 30), welche gesetzliche Bestimmung auch bei Grundenteignungen behufs Ableitung schädlicher Gebirgswässer dann zur

---

[22]) Bei Beratung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches trug der amtswegige Charakter des Verfahrens in Vormundschaftssachen den Sieg davon gegenüber Anträgen, welche die Austragung gewisser Fragen dem Rechtswege zuweisen wollten. Zeuge der Beratungsprotokolle (edit. Ofner) wurde die Verweisung auf den Rechtsweg abgelehnt und lediglich der Beschwerdeweg (einschließlich der Vorstellung) vorbehalten: bei Entlassung des Vormunds wegen Pflichtwidrigkeit (I., S. 202), bei Auferlegung eines Ersatzes aus der Vormundschaftsrechnung (I., S. 192), bei Bemessung einer Belohnung für die Vormundschaftsführung (I., S. 207, II., S. 361, 364), welche beide letzteren Fälle in der allgemeinen Weisung des § 268 ABGB. umfaßt wurden (II., S. 364). Ähnlich bei Erledigung einer Schlußrechnung (I., S. 204). Es wurde aber ferner der Antrag des Referenten, gemäß der Vdg. vom 26. April 1790, Z. 17 JGS., den durch ein Jahr säumigen Vormund zur Rechnungslegung im ordentlichen Rechtswege *ad factum praestandum* durch einen Kurator betreiben zu lassen (I., S. 200), fallen gelassen und im § 239 ABGB. eine Betreibung durch „die den Umständen angemessenen Zwangsmittel" geboten, was nach § 262 ABGB. offenbar auch von der Leguug der Schlußrechnung nach Volljährigkeit des Mündels gilt, ohne daß in diesem Falle der Klageweg von letzterem beschritten werden müßte. Der Schutzherrlichkeit des Vormundschaftsgerichts entsprechend, wurde die Ausmessung der Unterhaltskosten des Mündels (§ 219 ABGB.) dem außerstrittigen Verfahren vorbehalten. Über die Pflicht zur Übernahme einer bestimmten Vormundschaft muß — auch abgesehen von dem im Texte berührten Falle — stets auf diesem Wege, nicht etwa im Rechtsstreite gegen einen *ad hoc* bestellten Kurator entschieden werden (§ 203 ABGB.). Wer aber durch rechtskräftigen Gerichtsbeschluß hiezu für verpflichtet erklärt wurde, ist nur mittels „angemessener Zwangsmittel" (§ zit.), nicht aber durch die bei der Beratung ausdrücklich ausgeschlossene „verhältnismäßige Geldstrafe und allenfalls Arrest" (I., S. 180, II., S. 358) dazu zu verhalten, da eine auf diese Weise erzwungene Vormundschaftsführung kaum eine ersprießliche wäre. Dieser besonderen Anordnung steht die allgemeine Weisung des § 19 Pat. nicht entgegen.

Digitized by Google

Anwendung zu kommen hat, wenn der Entschädigungsberechtigte mit der vom Ackerbauminister getroffenen Entscheidung über seinen Anspruch sich nicht zufrieden stellt (Ges. vom 30. Juni 1884, Z. 115, RGBl. § 15), vielmehr binnen 30 Tagen von deren Zustellung gerichtliche Entschädigungsermittlung begehrt.[23]) Die letzterwähnte gesetzliche Anordnung wurde zwar im Art. VIII, Z. 4 JN. nicht ausdrücklich aufrechterhalten, muß aber als geltend angesehen werden, weil sie die im Art. VIII, Z. 4 JN. in Kraft belassenen Bestimmungen des Expropriationsgesetzes für Eisenbahnen zitiert.

Geleitet von der Erwägung, daß Prozesse unter Nachbarn und Gemeindegenossen erfahrungsgemäß zu den hartnäckigsten und peinlichsten zählen und das einträchtige Beisammenleben vollends vernichten, wurde zu deren Verhütung mit dem Ges. vom 7. Juli 1896, Z. 140, RGBl., §§ 9, 16 die Bemessung der für Einräumung eines Notweges zu leistenden Entschädigung und die Entscheidung über dessen Notwendigkeit und über die Art der Gestattung eines solchen dem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zugewiesen.

Eine Überprüfung der in den vorberührten Fällen getroffenen rechtskräftigen Entscheidungen im Rechtswege ist ausdrücklich für unzulässig erklärt; somit wären allfällige Klagen dieser Art *a limine fori* zurückzuweisen.

c) Um endlich vorzubeugen, daß Zwistigkeiten unter Mitgliedern einer Handelsgesellschaft nicht zu Rechtsstreitigkeiten erwachsen, die das Gesellschaftsverhältnis vergiften, und daß Mißhelligkeiten betreffs formaler Fragen zwischen einzelnen unverträglichen Gesellschaftern nicht Prozesse im Gefolge haben, die die materiellen Interessen aller Gesellschaftsmitglieder schädigen, wurden gewisse im Schoße von Handelsgesellschaften hervorkommende Streitfragen dem Prozeßverfahren entzogen. Dies gilt zweifellos bei Streitigkeiten über das Recht eines offenen Gesellschafters auf jederzeitige Einsicht der Handelsbücher und Papiere der Gesellschaft und Bilanzanfertigung auf dieser Grundlage (Art. 105 HGB.), ebenso bei Geltendmachung des Rechtes eines Kommanditisten und stillen Gesellschafters auf schriftliche Mitteilung der Jahresbilanz (Art. 160, 253 HGB.). Denn wenn sogar die durch besondere Verhältnisse bedingten Ansprüche des Kom-

[23]) Vgl. Prażak, Kompetenzkonflikte (böhmisch), II., S. 169.

Digitized by Google

manditisten und stillen Gesellschafters auf Bilanzaufstellung und Aufklärungserteilung während des laufenden Geschäftsjahres auf den außerprozessualen Weg verwiesen wurden (Art. 160 III, 253, II, HGB), ist sicherlich der Schluß gegründet, daß auch die oberwähnten normalen Befugnisse der Handelsgesellschafter ohne Beschreitung des Rechtsweges zur Geltung zu bringen sind, zumal Fälle dieser Art sich häufiger ereignen und die wünschenswerte Kostenersparung auch hier maßgebend sein wird. Gleicherweise sind Streitigkeiten über Ernennung und Abberufung von Liquidatoren[24]) bei offenen und Kommanditgesellschaften (Art. 133, 134, 172, 205 HGB.) im nichtstreitigen Verfahren zu erledigen, da es ja hiebei weniger auf Rechtsgründe als auf Zweckmäßigkeitsrücksichten ankommt.[25]) Selbstverständlich müssen Ansprüche aus einem Dienstvertrage, der mit dem als Liquidator berufenen Nichtgesellschafter geschlossen wurde, durch dessen Abberufung unberührt bleiben; auch wird vorausgesetzt, daß die Grundlagen des an das Handelsgericht gestellten Ansuchens unbestritten sind[26]), weil im gegenteiligen Falle die Angelegenheit nach § 2, Abs. 7 Pat. auf den Rechtsweg gewiesen werden müßte. Freilich kann eine Entscheidung im Prozesse über die „Ernennung" von Liquidatoren der Natur der Sache nach nicht getroffen werden, da eine Ernennung ohne Vorbehalt eines Vorschlagsrechts nur Gegenstand freien Ermessens sein kann. Das Gericht nimmt bei diesem Anlasse eine ähnliche Stellung ein, wie bei Versäumnis rechtzeitiger Benennung eines Schiedsrichters, beziehungsweise bei mangelnder Einigung über den Schiedsobmann § 582 ZPO. Das Wesen der Sache schließt die Möglichkeit einer Beschwerde gegen die Benennung eines bestimmten tauglichen Liquidators aus.[27])

---

[24]) A. Rintelen, a. a. O., S. 35, verteidigt die Möglichkeit mittlerweiliger Entziehung der Vertretungsbefugnis während des anhängigen Verfahrens und der Anmerkung dieser Verfügung im Handelsregister.

[25]) Hahn: Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche, I., S. 335. Bei Aktiengesellschaften besitzt das Gericht dieses Befugnis nicht (Art. 244 HGB.; Randa, Handelsrecht, 1905, II. Bd., S. 244).

[26]) Randa, Handelsrecht, II. Bd., 1905, S. 239; anders Staub-Pisko, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Art. 133, § 6.

[27]) Verfehlt wäre es, die Bestellung von Bevollmächtigten zur Führung von Prozessen namens der Kommanditaktionäre oder der Aktionäre (und Genossenschafter) mit den Komplementären, dem Aufsichtsrate und dem Vorstande der Aktiengesellschaft (beziehungsweise Genossenschaft) gemäß Art. 195, 225 HGB.,

Digitized by Google

Die offenbare Analogie der eben berührten Vorschriften des Handelsgesetzbuches spricht auch dafür, daß die Entscheidung darüber, wem die Bücher und Schriften einer aufgelösten Handelsgesellschaft in Verwahrung zu geben sind (Art. 145, 172, 246 HGB.), im nichtstrittigen Verfahren erfolge. Dagegen sind die Minoritätsrechte der Aktionäre gegen die Aktiengesellschaft nur im Rechtswege durchzuführen (vgl. das Regulativ für Aktiengesellschaften vom 20. September 1899, Z. 175, RGBl. § 156).[28])

Die ausdrückliche Zuweisung der vorerwähnten Angelegenheiten an Handelsgerichte im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit[29]), welche die Regierungsvorlage des Gerichtsorganisationsgesetzes (Beil. Nr. 1361 zu den stenogr. Prot. des Abgeordnetenhauses, XI. Session, 1895, § 78) enthielt, wurde von der Permanenzkommission des Abgeordnetenhauses ohne irgend eine nähere Begründung gestrichen.[30])

Ähnliche, wie die oben berührten Erwägungen, aber auch öffentliche Rücksichten bestimmten die Gesetzgebung, die Ernennung von Zwangsrevisoren für Genossenschaften (Ges. vom 10. Juni 1903, Z. 133 RGBl.) den Handelsgerichten als eine von Amts wegen im Verfahren außer Streitsachen zu treffende Maßregel zu übertragen.

---

§ 25 GenG., welche dem das Handelsregister führenden Handelsgerichte ebenfalls zusteht, hieher zu zählen. Denn es handelt sich um eine ähnliche Vorkehrung vor dem Streitbeginn, wie sie bei Streitanhängigmachung oder während des dauernden Prozesses durch Bestellung eines mittlerweiligen gesetzlichen Vertreters dem Prozeßgerichte gemäß § 9 ZPO. zukommt.

[28]) Vgl. auch Dr. Mayer in der österr. GZ.: Über Minoritätenschutz bei Aktiengesellschaften, 1900, S. 393, 426.

[29]) Der Pfandverkauf im Handelsrecht gemäß Art. 310, 375, 407, 409 ist mangels eines Exekutionstitels trotz Art. XIII, Z. 7 EO., nicht als Zwangsvollstreckungsakt, sondern als Solemnisationsakt aufzufassen (Randa, österr. GZ., 1899, S. 165; Tilsch, Einfluß der Zivilprozeßgesetze auf das materielle Recht, S. 137; Plenissimarbeschluß des Obersten Gerichtshofes in der Beilage zum JMVBl. 1903, Nr. 591).

[30]) Beilage 1549 der stenographischen Protokolle des Abgeordnetenhauses, XI. Session, 1896, S. 45 und S. 18. Die Erwähnung der Ernennung von Liquidatoren einer Genossenschaft in dem zit. § 78 des Entwurfes beruhte auf einem Versehen, da das österr. Genossenschaftsgesetz vom 9. April 1873, Z. 70 RGBl., § 41, eine subsidiäre Ernennung der Liquidatoren seitens des Gerichts nicht kennt (Randa, Handelsrecht, II. Bd., 1905, S. 248, Abs. b; Stroß, Das österr. Genossenschaftsrecht, S. 249).

Digitized by Google

In der eben besprochenen Gruppe von Fällen handelt es sich insgesamt um ein Tätigwerden der Gerichte, das materiell der Spruchtätigkeit im Streitverfahren gleichkommt, bei dem jedoch die Grundlagen des gerichtlichen Ausspruchs auf das gewissenhafteste und gründlichste von Amts wegen ermittelt, gleichwohl aber die nachteiligen Begleiterscheinungen eines Prozesses für das persönliche Verhältnis der Beteiligten vermieden werden.[31])

Anhangweise ist zu bemerken, daß nach dem Entwurfe eines Scheckgesetzes — den mit der Regierungsvorlage konformen Beschlüssen des Herrenhauses gemäß (Beil. zu den stenogr. Prot. des Herrenhauses Nr. 241, 259, § 23) — richterliches Einschreiten in den Formen des Verfahrens außer Streitsachen auch bei Nichtbeachtung des für Schecks geltenden Deckungsgebots eintreten soll. Wenn das Handelsgericht durch einen vor ihm verhandelten Prozeß von der mangelnden Deckung des Sckecks Kenntnis erlangt, hat es von Amts wegen, sonst auf Antrag des Inhabers das Verfahren wegen Verhängung einer Ordnungsstrafe gegen den Scheckaussteller in der Höhe von drei Prozent des nicht gedeckten Betrages durchzuführen. Die Motive des Regierungsentwurfes (S. 31) rechtfertigen diese Regelung mit der Begründung, daß bei Bestrafung der Nichtbeachtung des Deckungsgebotes als öffentlich verfolgbaren Delikts mit Geld- und Haftstrafe der Scheckverkehr nicht gedeihen würde, andrerseits aber die Erfüllung des Guthabenserfordernisses nicht bloß vom Belieben des Ausstellers abhängen kann. Darum soll das Überziehen des Guthabens als Ordnungswidrigkeit geahndet und die Ordnungsstrafe vom Zivilrichter auf Grund vorgängiger nichtöffentlicher Parteienvernehmung in der Regel nur auf Antrag verhängt werden.

---

[31]) Einen singulären Charakter trägt die Anwendung der Grundsätze des Verfahrens außer Streitsachen an sich, wenn bei Nachlaßgebührennachweisungen die leitende Finanzbehörde I. Instanz, sofern die gegründete Vermutung wissentlich unrichtiger oder unvollständiger Angaben des Nachweisungspflichtigen vorliegt (mit Zustimmung des Finanzministers längstens binnen zwei Jahren nach der Erbschaftseinantwortung) bei dem Abhandlungsgerichte den Antrag auf Abnahme des Offenbarungseides stellt, und zu diesem Behufe die erforderlichen Erhebungen zu pflegen sind (§ 12, Ges. vom 18. Juni 1901, Z. 74 RGBl.). Mit dieser gesetzlichen Bestimmung ist bekanntlich der im Art. XLII EG. zur ZPO. eingenommene Standpunkt, daß nur ein privatrechtliches Interesse an der Ermittlung eines Vermögensstandes den Anspruch auf Ablegung des Offenbarungseides begründe, verlassen worden.

Digitized by Google

Überblickt man nunmehr sämtliche Gruppen der Akte freiwilliger Gerichtsbarkeit, so kann man sich nicht der Überzeugung verschließen, daß unsere Gesetzgebung von richtigen Anschauungen geleitet war, wenn sie die Gerichtsbarkeit in und außer Streitsachen den Gerichten gleichmäßig vorbehielt und die letztere nicht nach dem Vorbilde Frankreichs anderen Organen zuwies. Dort fällt die überwiegende Geschäftslast der Angelegenheiten freiwilliger Gerichtsbarkeit dem Notariate anheim, die Kontrolle der Vormünder dem Familienrate, einige wenige Sachen den *juges de paix*, die Entziehung der Geschäftsfähigkeit wegen Wahnsinns und Verschwendung dem in den Prozeßformen vorgehenden Gerichte.

Nicht bloß Recht sprechen, auch Rechtsfürsorge pflegen sollen die Gerichte. Wie in der Natur das organisch verbundene nicht ohne Nachteil voneinander getrennt und gesondert werden darf, kann auch im Staatsleben bei Ordnung der Gewalten das Wesensgleiche nicht auseinandergerissen werden ohne arge Schädigung des Organismus.

Alle Amtstätigkeit in Angelegenheiten freiwilliger Gerichtsbarkeit ist nicht den Gerichten zuzuweisen. Dem Wesen der Sache nach und behufs Entlastung der Gerichte muß dem Notariate ein zweckentsprechender Wirkungskreis vorbehalten werden. In richtiger Erfassung der Aufgabe der Gerichte im Verfahren außer Streitsachen, als einer das Recht feststellenden oder bei Regelung der Rechtsverhältnisse mit Geboten vorgehenden Tätigkeit, keineswegs aber einer bloßen Konstatierung rechtsbegründender oder rechtsaufhebender Tatumstände, hat die Gesetzgebung — mit geringen Ausnahmen — es besonderen, vom Staate bestellten Amtspersonen (Notaren) überlassen, als *judices ad chartas conficiendas* öffentliche Urkunden über rechtserhebliche Tatsachen und über Rechtsgeschäfte zu errichten. Der Richter hat das Gesetz auf gegebene Verhältnisse anzuwenden und damit das Recht im Leben zu verkörpern. Aufgabe des Notars ist es, durch Festhaltung relevanter Tatumstände oder durch Fassung des rechtsschaffenden Willens in öffentliche Urkundsform das Leben in den Rahmen des Rechts zu bannen. Der Richter entwickelt eine analytische, der Notar eine synthetische Tätigkeit.[32]) Grundsätzlich ist die

[32]) Vgl. darüber auch das Gutachten der kgl. preußischen Immediatjustizkommission über das Notariat in Eulers Handbuch des Notariats in Preußen (1858), S. 102.

Digitized by Google

Ausschließung selbständiger Beurkundungstätigkeit der Gerichte durch Verifikation und Solemnisation gerechtfertigt und zu billigen, weil die hiebei tätige Amtsperson nicht wie bei anderen Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit als selbsttätig anordnende oder verfügende Behörde auftritt, sondern nur als ein Werkzeug zur genauen Erfassung und richtigen Festhaltung rechtserheblicher Vorfälle des Verkehrslebens oder zur Gestaltung einer formell korrekten und vollwirksamen Willenserklärung beim Rechtsgeschäfte.

Auch praktische Rücksichten sprechen für eine derartige Einschränkung richterlicher Tätigkeit. Die Autorität der Gerichte leidet darunter, wenn Stellvertretungen und Delegationen darum eintreten müssen, weil das Gericht in Prozessen zu entscheiden hat, in welchen eine unter Mitwirkung richterlicher Organe dieser Gerichtsstelle zu Stande gekommene öffentliche Urkunde im Beweisverfahren eine Rolle spielt und der Gegner bei Verifikationen Gegenbeweise anbietet, oder wenn er bei Solemnisationen Einwendungen gegen die Gültigkeit des Rechtsaktes erhebt.[33]) Abgesehen hievon wird aber den Bedürfnissen der Bevölkerung weit zweckmäßiger durch Bestellung besonderer *judices chartularii* entsprochen, weil diese gemäß der ihnen obliegenden Pflicht vollster Bereitwilligkeit[34]) sogleich und jederzeit, selbst des Nachts (§§ 35, 173 NO.) ihre Mitwirkung bei Solemnisationen und Beurkundungen darbieten müssen, während die Gerichte, mit anderen Amtsgeschäften überhäuft, in Fällen, die rascher Hilfe erheischen, dem dringenden Bedürfnisse nicht in dem Maße und in der Weise genügen könnten, als es das Interesse an der alsbaldigen Vornahme des Amtsaktes erfordert.

Schließlich dürfen auch die aus der Arbeitsteilung sich ergebenden Vorteile nicht unterschätzt werden. Unter ihrer Herrschaft entwickelt sich bei den besonders bestellten *judices chartularii* eine große Gewandtheit und Sorgfalt bei der Urkunden-

---

[33]) Ähnlich äußert sich Dr. von Schmerling als Justizminister in dem a. u. Vortrage vom 30. April 1850 über die Notwendigkeit der Einführung des Notariats in den Königreichen und Ländern, für welche die Organisationsgrundzüge vom 14. Juni 1849 maßgebend waren (abgedruckt in Dr. Chiari: Das österr. Notariat, 1850, S. 162 ff.).

[34]) Bekanntlich veranlaßte diese Pflicht, daß die Notare im Mittelalter als *servi publici* bezeichnet wurden, vgl. *Rolandini Summa artis notar.* II fol., 129 b, III fol., 97 b, 104 b.

Digitized by Google

errichtung, ingleichen eine gewissenhafte Handhabung der Kautelarpraxis, kurz eine durch ständige Verwendung in demselben Geschäftskreise gesteigerte Eignung, wie sie für die Amtstätigkeit der Gerichte durch die Einrichtung besonderer Fachrichter (§ 7 JN.) angestrebt wird.[35])

Eine Ausdehnung der Amtsbefugnisse des Notariates über das Gebiet der Solemnisationen und Verifikationen hinaus empfiehlt sich nicht. Handelt es sich doch um Anwendung von Vorschriften des bürgerlichen Rechtes (im Sinne des Art. XXX ZPO.) auf gegebene tatsächliche Umstände und Verhältnisse, mit denen die Rechtsordnung bestimmte Rechtswirkungen verknüpft, also um die *dictio ejus, quod juris est*, und um eventuelle Anwendung von Zwangsgewalt. Aus diesem Gesichtspunkte erscheint die Bestimmung des das Gerichtskommissariat der Notare umgrenzenden § 183 des XIII. Hauptstückes der NO. vom Jahre 1855 zutreffend, gemäß deren Notaren nur die Vornahme aller in Verlaßabhandlungs- und Waisensachen erforderlichen Akte, bei welchen es sich nicht um eine gerichtliche Entscheidung handelt, als Gerichtskommissären übertragen werden kann. Mit vollster Anerkennung ist es zu begrüßen, daß der Delegiertentag der österreichischen Notariatskammern mit seinen Beschlüssen (15. und 16. Juni 1900) den vorstehend entwickelten Standpunkt im wesentlichen eingenommen und vertreten hat. Möge es dem Notariate als einem lebensfähigen und existenzberechtigten Faktor der Rechtspflege baldigst beschieden sein, seine Bestrebungen rücksichtlich der grundsätzlichen Stellung gegenüber dem Gerichte und der Rechtsanwaltschaft von Erfolg gekrönt zu sehen!

---

[35]) Beilage 687 der stenographischen Protokolle des Abgeordnetenhauses, XI. Session (Motive der Jurisdiktionsnorm), S. 51.

Digitized by Google

XI. Charakteristik der Amtstätigkeit in Rechtsfürsorgesachen.

Wird nunmehr an eine nähere Würdigung der Amtstätigkeit im Bereiche der freiwilligen Gerichtsbarkeit herangetreten, so ist es auf den ersten Blick einleuchtend, daß sie sich je nach der Bedeutung der ihren Gegenstand bildenden Rechtsangelegenheiten und nach der Tragweite und Richtung ämtlichen Eingreifens[1]) verschieden gestaltet. Anders geartet muß das Vorgehen der Amtsperson sein, wenn bloße Feststellungen rechtserheblicher Tatsachen (Verifikationen), oder die autoritative Mitwirkung bei Vornahme von Rechtsgeschäften (Solemnisationen), oder zu öffentlicher Kenntnisnahme bestimmte Einträge (Insinuationen) in Frage kommen; anders, wenn im Interesse schutzbefohlener Personen oder Vermögensmassen Verfügungen zur Regelung von Rechtsbeziehungen für die Zukunft vom Richter getroffen werden müssen, die vom Gesetze an einen bestimmten erst zu ermittelnden Tatbestand geknüpft werden oder sogar vom Rechtswege ausgeschlossene rechtliche Divergenzen durch richterliche Verfügung beizulegen sind.

In den Fällen der ersterwähnten Art (Verifikation und Solemnisation) betätigt sich amtliche Beurkundungsgewalt, in der

---

[1]) Im Rechte der Gegenwart, das mit verwickelteren Rechtsverhältnissen und mit einer anderen Behördenorganisation als das römische Recht zu rechnen hat, kann freilich nicht mehr der Unterschied rücksichtlich des Vorgehens in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit an sich für maßgebend erachtet werden, den die Glossatoren und nach ihrem Vorbilde die gemeinrechtliche Doktrin dahin formulierten, daß in der ersten der oben unterschiedenen Gruppen *de plano et sine causae cognitione* vorzugehen ist und die Verfügung *per libellum*, d. h. mittels kurzen Vermerks erfolgt, während in der zweiten Gruppe eine eingehendere Verhandlung und Erörterung erforderlich ist, bevor die Erledigung *per decretum* erlassen werden kann.

Digitized by Google

zweiten Hauptgruppe dagegen richterliche Verfügungsmacht (mit der Nuance, daß bei Insinuationen beide Elemente amtlicher Funktion ineinander spielen), in den Fällen der letzterwähnten Gattung gerichtliche Entscheidungsgewalt. Bei Verifikationen und Solemnisationen hat die Mitwirkung des Amtsorganes, sei es ein Notar oder Richter (eventuell ein Organ der Gerichtskanzlei § 56 GOG.) einen bloß formalen Charakter, in den beiden letzteren Gruppen nimmt das Eingreifen des Gerichtes materiellen Einfluß auf die Gestaltung der Lebensverhältnisse. Was die einzelnen Teilgruppen der ersteren Art anlangt, zielt bei Verifikationen die amtliche Mitwirkung ab nur auf Schaffung eines vollen Beweises über die rechtlich relevanten Tatumstände, deren Beurkundung erfolgt (auf die *fides documenti* des gemeinen Rechtes); bei Solemnisationen auf die Garantierung voller Rechtswirksamkeit des Rechtsgeschäftes (*fides negotii* im gemeinrechtlichen Sinne) und nebstbei Schaffung einer öffentlichen Urkunde hierüber, ohne daß seitens des mitwirkenden Amtsorganes auf den Willensinhalt, sofern er nur gesetzlich zulässig ist, irgendein Einfluß ausgeübt würde[2]); endlich bei Insinuationen auf die Konstatierung der Eintragsfähigkeit der Tatsache oder des Rechtes, sowie des Vor-

---

[2]) In Fällen bloßer Verifikation beschränkt sich die amtliche Mitwirkung auf die Prüfung der Zulässigkeit einer Feststellung der zu beurkundenden Tatumstände durch das darum angegangene Amtsorgan, aber auch der Berechtigung zum Ansuchen hierum, sowie auf die gleichzeitige gewissenhafte Ermittlung des maßgebenden Tatbestandes und dessen sorgfältige amtliche Konstatierung in entsprechender Urkundsform. Bei Solemnisationen wird die Befähigung und Berechtigung der, ihrer Identität nach feststehenden Beteiligten zur Vornahme der zu erhärtenden Rechtshandlung und deren Zulässigkeit erhoben, hierauf die einseitige Willenserklärung oder der Willensaustausch unter Beobachtung aller die volle Gültigkeit gewährleistenden Momente entgegengenommen und die Urschrift ämtlich hinterlegt, Ausfertigungen hievon aber an die Beteiligten erfolgt. Es gewährleistet sonach die vorgenommene Solemnisation ein Dreifaches: vor allem Rechtsbeständigkeit des Inhalts der Willenserklärung, Rechtsförmlichkeit der äußern Erscheinung und Gewißheit des amtlichen Ursprungs der sie jedem Leser verkündenden Urkunde (Echtheit). Die Anwendung von bewährten Formularen bei Verifikationen und Solemnisationen ist nicht unbedingt abzulehnen, denn dadurch wird die Geschäftsführung gleichförmig geartet, erleichtert und beschleunigt. Doch „darf der Preßbengel nicht als das Organ der Willensmeinung gelten", wie Puchta in seinem Entwurf einer Ordnung des Verfahrens freiwilliger Gerichtsbarkeit 1824, S. 285, zutreffend bemerkt. Vgl. ebendort S. 60, 318.

Digitized by Google

liegens einer deren Bestand ausweisenden, in gesetzlicher Form ausgefertigten Urkunde *(fides insinuationis)*. In allen vorerwähnten Teilgruppen hat das Amtsorgan ausschließlich das Gesetz als Richtschnur für sein Handeln zu nehmen.

Im Gegensatze hiezu wird in dem großen Gebiete anderweitiger amtlicher Betätigung in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die hier nur Gerichten vorbehalten ist, nach eingehender Erhebung der maßgebenden Umstände *(causae cognitio)* ein materieller Einfluß auf die Existenz und Gestaltung des Wesens des betreffenden Rechtsverhältnisses genommen, z. B. bei Erteilung oder Verweigerung des Konsenses zur Ehe eines Mündels, zur Fideikommißeinschuldung, zum Abschlusse eines Vertrages über den Verkauf von Mündelgut, zur Zession einer Verlassenschaftsforderung und ähnlichem. Klar tritt der Unterschied zwischen diesen beiden Gattungen der Angelegenheiten freiwilliger Gerichtsbarkeit und der dabei sich äußernden Beurkundungsgewalt und Verfügungsmacht zu Tage bei der nach vorläufiger vormundschafts- oder pflegschaftsbehördlicher Zustimmung erfolgenden Vornahme eines Rechtsgeschäftes Minderjähriger oder Pflegebefohlener in Form eines Notariatsaktes, in welchem Falle gemäß § 192 Pat. das Gericht dem Vertreter die „erforderliche Legitimationsurkunde" zum Abschlusse des Vertrages, also gemäß § 865 ABGB. seine Zustimmung unter Hervorhebung der wesentlichen Vertragsstipulationen[3]) erteilt, während der die Notariatsurkunde aufnehmende Notar für die Beobachtung aller, ihre volle Gültigkeit bedingenden Momente Sorge trägt (§§ 52, 53 NO.).

In dem eben erwähnten Wirkungskreise haben die Gerichte nicht nur die Vorschriften des Gesetzes sich vor Augen zu halten, sondern auch auf Rücksichten der Zweckmäßigkeit, auf die Erfahrungen des praktischen Lebens und der Privatwirtschaft zu achten. Die zu erlassende Verfügung muß dem Gesetze entsprechen, soweit aber das Gesetz zwischen den zu treffenden Maßnahmen dem Gerichte die Wahl einräumt, ist die den besonderen Verhältnissen und materiellen Interessen der Beteiligten zusagendste zu wählen (§ 2, Z. 10, 11 Pat.).

Insofern schließlich das Gericht dem Rechtswege entzogene Streitigkeiten im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu

---

[3]) Vgl. Zeitschr. für Notariat, 1884, S. 11 ff.

Digitized by Google

erledigen hat, kann es offenbar nur nach gründlicher allseitiger Ermittlung des *status controversiae* zu der ihm obliegenden Entscheidung des Streitpunktes schreiten. Auch hiebei aber wird nicht das Gesetz allein maßgebend sein, vielmehr gleichfalls richterliches Ermessen in billiger Würdigung der Sachlage mitspielen.

In Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind — entsprechend dem Wesen privatrechtlicher Ansprüche als veräußerlicher („willkürlicher" § 1375 ABGB.) und verzichtbarer Rechte (§ 1455 ABGB.) — in der Regel alle, dem präventiven Rechtsschutze dienlichen Einrichtungen von Staats wegen den Staatsangehörigen bloß zur Verfügung gestellt. Ihrem Entschlusse ist deren Benützung anheimgegeben, ihr Begehren setzt die amtliche Aktion in Fluß. Es gilt auch hier wie im Prozesse die Dispositionsmaxime; das Verfahren ist in der Regel ein Antragsverfahren (§§ 1, 4 Pat. §§ 76, 83 GrdbO., §§ 35, 76, 97 NotO.).

Der Staat genügt seiner Aufgabe, wenn er präventiven Rechtsschutz auf Anrufen, also fakultativ gewährt. Obwohl aber auch im Prozesse das Einschreiten des Gerichtes nur über Begehren der Partei erfolgt, ist nicht zu verkennen, daß in Rücksicht auf die Einleitung des Verfahrens in beiden Gebieten der Gerichtsbarkeit ein bedeutsamer Unterschied besteht.

Im Bereiche der Rechtsfürsorge gilt das Gebot der Selbsthilfe und nur in gesetzlich bestimmten Fällen die Zulässigkeit gerichtlicher Beihilfe (§ 1 Pat. verba: „das Gericht hat .... auf Ansuchen der Parteien nur insofern vorzugehen, als es die Gesetze anordnen"). Bei Abwehr erlittener Rechtsverletzungen gilt dagegen ein entschiedenes Verbot der Selbsthilfe (§ 19 ABGB) und daher stets und ausnahmslos die Notwendigkeit des Anrufens des richterlichen Schutzes oder anders gesagt: ausschließlich Staatshilfe. Mit voller Berechtigung hat schon R. Mohl (System der Präventivjustiz, 1834, S. 233) betont, daß Selbsttätigkeit in der Wahrung seiner Privatrechte geradezu eine Pflicht jedes Staatsbürgers ist, weil er vom Staate als dem Verbande aller Staatsgenossen nur solche Vorteile beanspruchen kann, die mittels des geordneten und organischen Beisammenseins erreichbar sind, niemals aber auch jene, die jeder sich selbst verschaffen kann.

Digitized by Google

Unentscheidend ist für die Einleitung des Verfahrens auf Antrag, ob das Gesetz ausdrücklich erklärt, daß das Gericht über Antrag des Beteiligten vorzugehen hat oder ob es nur von Erledigungen, Verfügungen, Genehmigungen u. ä. über Ansuchen spricht.

In Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit überhaupt kann vom Staate nur ein die Tätigkeit des Einzelnen unterstützendes Eingreifen zur Erreichung des angestrebten Zieles im Rechtsverkehre beansprucht werden, entweder Beseitigung von Hemmnissen im vorhinein, die der vollen Entfaltung eigener Tätigkeit Eigenberechtigter bei Gestaltung ihrer Rechtsbeziehungen sich entgegenstellen könnten, oder Obsorge im Rechtsverkehr für Schutzbedürftige, weil der Eigenberechtigung Ermangelnde, durch Leitung, Förderung und Ergänzung der Tätigkeit ihrer gesetzlichen Vertreter[4]) und analogerweise Obsorge für den ungeschmälerten Bestand von Vermögensmassen, deren Genuß einer derzeit unbestimmten Reihe Berechtigter vorbehalten ist (Fideikommisse). Bei der fakultativen Rechtsfürsorge macht es grundsätzlich keinen Unterschied, ob die Rechtseinrichtungen, die einen gesteigerten vorsorglichen Rechtsschutz gewähren, bloß zur Wahl gestellt oder als allein zulässig dargeboten werden. Im ersten Falle ist die Erreichung des gleichen Zwecks auch auf anderen Wegen möglich. So insbesondere bei Feststellung von Tatumständen durch Verifikation oder bei Vollziehung eines Rechtsgeschäfts durch Solemnisation, indem der Zeugnis- oder Willensinhalt bei Anwendung anderer zum Beweise oder zur Willenskundgebung dienlicher Mittel sich nicht ändert, wohl aber die Ausdrucksform. Z. B. Beweis der eigenhändigen Urkundenfertigung durch Legalisation statt bloßer Zeugenzuziehung; Errichtung eines Testaments in Form eines öffentlichen vor Gericht oder Notar an Stelle eines Privattestaments; Abschluß eines Pachtvertrages durch Notariatsakt, obwohl einfache Urkundsform oder mündliche Übereinkunft die gleichen materiellrechtlichen Wirkungen äußert.

Ist dagegen die zu benützende Rechtseinrichtung der freiwilligen Gerichtsbarkeit zur Erreichung eines bestimmten Zieles

---

[4]) Vgl. Puchta, Handbuch des gerichtlichen Verfahrens in Sachen freiwilliger Gerichtsbarkeit, I. Bd., S. 31 ff. und die Äußerung v. Zeillers über die prinzipielle Stellung des Verlassenschaftsabhandlungsgerichts (Beratungsprotokolle des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, herausgegeben von Ofner, I. Teil, S. 494).

Digitized by Google

allein für zulässig und zureichend erklärt, d. h. ist eine gewisse Verifikation oder Solemnisation unter der Sanktion des Ausschlusses eines anderen Beweismittels, beziehungsweise einer anderen Form für das betreffende Rechtsgeschäft unausbleiblich vorgeschrieben, so besteht zwar eine Nötigung zur Benützung dieser Rechtsschutzeinrichtung, ihre Anwendung ist aber insoweit in den Willen des einzelnen gestellt, daß nur über sein Begehren von ihr Gebrauch gemacht wird. Dieser Art sind der Wechselprotest als ein den Regreß bedingender Formalakt, ebenso der Notariatsakt, soweit die Gültigkeit bestimmter Rechtsgeschäfte durch Aufnahme eines solchen bedingt ist (Ges. vom 25. Juli 1871, Z. 76 RGBl.).

Gemeinsam ist somit allen Akten fakultativer Rechtsfürsorge das Kriterion freiwilliger Initiative derjenigen Person, in deren rechtlichem Interesse sie vorgenommen werden. Stets ist dabei das ob? der Privatwillkür anheimgegeben, betreffs des wie? ist entweder auch dem Willen der Beteiligten ein freier Spielraum gewährt oder es wird unabänderlich vom Gesetze bestimmt.

Es gibt aber eine Reihe von Rechtsangelegenheiten, deren Regelung der Staat im öffentlichen Interesse für unbedingt erforderlich erachtet, darum selbst die Initiative ergreift und die Beteiligten ausnahmslos nötigt, von den hiefür bestehenden Rechtseinrichtungen Gebrauch zu machen (§ 1 Pat.). Es handelt sich hiebei um privatrechtliche Interessen, deren Befriedigung das öffentliche Wohl fördert.

Ohne das Begehren eines Beteiligten abzuwarten, schreitet hier das Gericht von Amts wegen ein; es gilt die Offizialmaxime. Trifft dies zu, dann wird vom Staate präventiver Rechtsschutz obligatorisch betätigt.[5]) So insbesondere stets

[5]) Auf den Unterschied zwischen der fakultativ oder obligatorisch eintretenden Rechtsfürsorge hat zuerst hingewiesen Menger, a. a. O., I., S. 26. Ein Streitverfahren ist im Gegensatz zu dem im Texte hervorgehobenen ohne eine an das Gericht gestellte Bitte um Rechtsschutz, die Klage, undenkbar (§§ 19, 1338 ABGB., §§ 232, 226 ZPO.). Es herrscht im Prozeßverfahren die Dispositionsmaxime, gemäß deren ein Unterlassen des Begehrens um gerichtlichen Rechtsschutz binnen der vom Gesetze ausgemessenen Frist den Verlust des Rechtes durch Verjährung zur Folge hat (§ 1497 ABGB.). Eine scheinbare Ausnahme bildet die Einleitung des gerichtlichen Verfahrens wegen Eheungültigkeit bei Vorliegen eines öffentlichrechtlichen Hindernisses (§ 94 ABGB,), da es sich hiebei nicht um den Schutz privatrechtlicher Ansprüche, sondern öffentlicher

Digitized by Google

bei Verlaßabhandlungen (§§ 36, 51 Pat.), bei Vormundschaftssachen (§ 190 ABGB.), dagegen nur in gewissen Pflegschaftsfällen (*cura personarum* wegen Geisteskrankheit, nicht auch wegen Verschwendung § 273 ABGB., dann *cura bonorum* bei Ablegung der Ordensgelübde § 183 Pat.), bei der Obsorge über Fideikommisse (§§ 627, 630 ABGB., §§ 223, 227, 232, 247, 251, 256 Pat.), endlich bei besonders angeordneten Einträgen in öffentliche Bücher[6]) und Handelsregister, wobei die staatliche Zwangsgewalt sogar Geldstrafen als Betreibungsmittel verwendet (§ 12 EinfG. zum HGB.; § 3 Ges. vom 23. Mai 1883, RGBl. Nr. 82). Alle gedachten Fälle zeigen das gemeinsame charakteristische Merkmal, daß neben privatrechtlichen Ansprüchen darin auch öffentliche Interessen verflochten sind.

In den vorstehenden Fällen kann auch ein an dem Verfahren Beteiligter durch Antrag den Anstoß zur Einleitung desselben geben. Wesentlich verschieden ist aber die rechtliche Bedeutung eines solchen gegenüber jener, die das Anrufen fakultativer

---

Interessen handelt. Ein Zusammenleben von Mann und Frau, das der im Staate geltenden Rechtsordnung geradezu widerstreitet, muß durch Eingreifen des Gerichts von Amts wegen sein Ende finden, mögen die hievon Betroffenen noch so lebhaft das Fortbestehen des Verhältnisses wünschen. Aus dieser Rücksicht hat das HfD. vom 15. Dezember 1788, Z. 936 JGS., lit. d den politischen Behörden es zur Pflicht gemacht, derartige Verhältnisse dem kompetenten Gerichte zur Anzeige zu bringen. Dem modernen Rechte ist eine *actio popularis de periculose suspensis* fremd (§ 1319 ABGB.). Das deutsche Recht anerkennt aber eine *actio popularis* für Angehörige eines bestimmten Gewerbes insofern, als aus Handlungen des unlauteren Wettbewerbs auf Unterlassung unrichtiger Angaben über Beschaffenheit, Herstellungsart usw. gewisser Waren von jedem Gewerbetreibenden geklagt werden kann (Reichsgesetz vom 26. Mai 1896, § 1).

[6]) Das im materiellen Grundbuchsrechte geltende Prinzip der Eintragsfreiheit bewirkte im Grundbuchsverfahren, daß Eintragungen behufs Begründung, Änderung oder Aufhebung eintragsfähiger Rechte, ebenso wie der vom Gesetze zugelassenen Anmerkungen zur Ersichtlichmachung gewisser rechtlich erheblicher Zustände und Tatumstände nur über Begehren der hieran interessierten Personen oder ämtliches Ersuchen erfolgen können. §§ 52, 76 GBO. Dennoch haben aber ausnahmsweise von Amts wegen Tabulareinträge zu erfolgen, einmal aus dem Gesichtspunkte der zu postulierenden Richtigkeit und Vollständigkeit des öffentlichen Buches, sodann behufs der wünschenswerten Übereinstimmung desselben mit dem Grundstückkataster, wozu jüngst Belange der Zwangsvollstreckung traten. Vgl. hierüber Dr. Neuhold, Das österr. Grundbuchswesen, 1904, S. 173 und Dr. Georg Neumann, Die Exekutionsordnung 1900, im Register unter dem Schlagworte: Anmerkung.

Digitized by Google

Rechtsfürsorge äußert. Letzteres ist eine wesentliche Voraussetzung des betreffenden Aktes, ersterer ein zufälliger Anlaß zur Einleitung eines Verfahrens, das auch abgesehen davon eingeleitet worden wäre. Rücktritt vom Begehren ist in Fällen fakultativer Rechtsfürsorge maßgebend für die Einstellung jedes weiteren amtlichen Vorgehens; in Fällen obligatorischer Rechtsfürsorge dagegen rechtlich belanglos.

Am Schlusse dieser Ausführungen kann die Bemerkung nicht unterdrückt werden, daß die Bezeichnung der gerichtlichen Tätigkeit in den Fällen obligatorischer Rechtsfürsorge als „freiwilliger" Gerichtsbarkeit nicht paßt.

Digitized by Google

XII. Amtsorgane, Beteiligte und deren Vertreter.

A) Amtsorgane.

Es bedarf nunmehr der Erörterung, wem die Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit zusteht, wer die am Verfahren Beteiligten sind, endlich wie dieses Verfahren verläuft und seinen Abschluß findet.

Die Ausübung der Gerichtsbarkeit in und außer Streitsachen steht — abgesehen von den dem Obersthofmarschallamte vorbehaltenen Rechtsangelegenheiten gewisser eximierter Personen (Art. III JN.) — im Geltungsbereiche der Justizgesetze (Art. XXIX ZPO.) den ordentlichen Gerichten als den zum Richteramte berufenen Staatsorganen (§ 1 JN.) unter gleichmäßiger Wahrung richterlicher Unabhängigkeit (Art. 6 StGG. über die richterliche Gewalt), für das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit in gewissen Grenzen auch Notaren zu (§§ 183, 186 NO. vom Jahre 1855; Art. II NO. vom Jahre 1871). Auch ist der Instanzenzug (graduelle Kompetenz) betreffs der Stufenreihe und der Besetzung der Richterbank für beide Zweige der Gerichtsbarkeit im wesentlichen gleichmäßig geregelt (§ 3 JN.).

Die Unabhängigkeit der Gerichte äußert sich für beide Gebiete der Gerichtsbarkeit übereinstimmend darin, daß sie konkreten Anordnungen (Dienstbefehlen) des Staatsoberhauptes und des Justizministers bei Ausübung ihres Amtes nicht unterworfen sind, weshalb auch den Minister eine Verantwortlichkeit ebensowenig für Richtersprüche im Prozesse, als für Verfügungen im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit trifft, wohl aber für die gehörige Besetzung der Gerichte und für die Wahrung ihrer vollen Freiheit.[1])

---

[1]) Laband, Staatsrecht des Deutschen Reichs, IV. Aufl., II. Bd., S. 163.

Digitized by Google

Als ein spärlicher Rest kirchlicher Gerichtsbarkeit ist das Verlaßabhandlungsrecht über das frei eigene Vermögen der Hoch- und Deutschmeister, der Ordensritter und -Priester dem deutschen Ritterorden seinen Privilegien gemäß (Pat. vom 28. Juni 1840, Z. 451 JGS.) bei Einführung der Jurisdiktionsnorm für die Zukunft unberührt belassen worden (Art. VIII, Z. 1 JN.).

Ebenso wie die Gerichtsbarkeit in Streitsachen, üben auch die freiwillige Gerichtsbarkeit bei den monokratisch organisierten Bezirksgerichten Einzelrichter aus; bei Gerichtshöfen erster Instanz und in den höheren Instanzen gilt aber das Kollegialsystem. Es wirken dort Vereinigungen von Richtern in Senaten, d. i. in einer nach außen einheitlichen Verbindung einer Richtermehrheit. Dem Aufsteigen der Sache im Instanzenzuge entsprechend, steigt die Zahl der Stimmführer im Senate (3, 5, 7), mag es sich um streitige oder nicht strittige Rechtssachen handeln. Die Dreizahl in der untersten Instanz entspricht der Ermöglichung einer Schlußfassung auch bei Auseinandergehen der Meinungen und der Parömie: *tres faciunt collegium* (fr. 85 D. L, 16). Die Gültigkeit der Amtshandlung eines Einzelrichters wird aber auch im Bereiche freiwilliger Gerichtsbarkeit dadurch nicht berührt, daß dieser Akt nicht von dem nach der Geschäftsverteilung hiefür bestimmten, aber doch von einem anderen Einzelrichter desselben Bezirksgerichtes vorgenommen wurde, somit daß etwa irgend eine Angelegenheit freiwilliger Gerichtsbarkeit von demjenigen erledigt wurde, dem nur die Gerichtsbarkeit in Streitsachen auszuüben oblag (§ 26 GOG.). Denn die Geschäftsverteilung ist eine innere Amtsangelegenheit, welche die Beteiligten nicht berührt, wenn nur ein zur Ausübung des Richteramtes überhaupt befähigtes Amtsorgan die Verfügung traf.

Bei Gerichtshöfen I. Instanz sind die Erkenntnissenate in Streitsachen und Senate für Angelegenheiten außer Streitsachen streng auseinander zu halten, trotzdem deren Mitgliederzahl die gleiche ist. Die ersteren sind behufs Wahrung vollster Unbefangenheit ständige, werden in Rechtsstreitigkeiten der Kausalgerichtsbarkeit (Handels-, See- und Bergsachen) aus zwei Berufs- und einem Laienrichter gebildet und fällen nach Abschluß der vor ihnen durchgeführten mündlichen Streitverhandlung den Richterspruch. Senate in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbar-

Digitized by Google

keit können trotz ihrer gleicherweise grundsätzlich anerkannten Stabilität, allenfalls auch von Fall zu Fall gebildet werden und bestehen, soweit sie ständige sind, aus stimmführenden Mitgliedern des Gerichtshofes, die als Referenten in Sachen dieser Art fungieren. Diese Senate entscheiden auf Grund bloßer Berichterstattung der einzelnen Referenten, denen die Durchführung der Verhandlung und die Vorbereitung der meritorischen Beschlußfassung obliegt (§ 37, Z. 11, § 38 GOG.). Das Laienelement hat in Senaten der letzteren Gattung keinen Platz, weder in erster, noch in der Rechtsmittelinstanz. In verdienter Würdigung der durch Arbeitsteilung gesteigerten Leistungsfähigkeit kann die Ausübung einzelner Zweige der freiwilligen Gerichtsbarkeit bestimmten Fachrichtern zugewiesen werden. Während aber diese Einrichtung bei Gerichtshöfen im Prozeßverfahren wenigstens in einem Falle (betreffs der Erlassung von wechselrechtlichen Zahlungs- und Sicherstellungsaufträgen § 7, IV JN.) einen obligatorischen Charakter an sich trägt, ist sie im Gebiete freiwilliger Gerichtsbarkeit ausnahmslos in das Ermessen der übergeordneten Organe gestellt (§§ 5, 7 JN.). Durch Auftrag des Präsidenten kann bei Gerichtshöfen I. Instanz einem stimmführenden Mitgliede die selbständige Erledigung — also ohne Senatsbeschluß — von Grundbuchs- und Amortisationssachen zugewiesen werden. Bei Bezirksgerichten beschränkt sich das Fachrichtertum auf die Besorgung aller Tabulargeschäfte und bedarf der Anordnung von Seiten des Oberlandesgerichtspräsidenten.

Die Bildung selbständiger Gerichtsabteilungen für freiwillige Gerichtsbarkeit (§ 19, Z. 6, §§ 27, 29 GeschO.) ermöglicht die ständige Verwendung für dieses Gebiet vornehmlich befähigter und erfahrener Richter, zumal hier neben der Rechtskunde nicht minder Geschäftserfahrung und Menschenkenntnis schwer ins Gewicht fallen, aber auch wohlwollendes Entgegenkommen gegenüber den Rechtssuchenden (§ 82 GeschO.) besonders geboten ist.

Richterlichen Hilfsbeamten können nur Geschäfte des nichtstreitigen Verfahrens übertragen werden, die keine Entscheidung enthalten (§ 3 GOG.); doch dürfen sie in Rechtshilfesachen verwendet und zur Unterstützung selbständiger Abteilungsleiter, sowie zur Vorbereitung der Entwürfe von Ausfertigungen herangezogen werden (§§ 27, 33, 196, I GeschO.)

Digitized by Google

Gleichen Schrittes mit der im Organisationsgesetze erfolgten Ausdehnung der die Richter unterstützenden Tätigkeit der Gerichtskanzlei in Prozeßsachen trat eine Erweiterung ihrer Mitwirkung in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit weit über die Grenzen des älteren Rechtes hinaus ein. Selbst Wechselproteste und Legalisierungen von Unterschriften können Beamten der Gerichtskanzlei zugewiesen werden (§ 56 GOG.). Als Beurkundungsorgane rücksichtlich der Echtheit in Tirol einverleibungsfähiger Privaturkunden sind in diesem Lande vom Oberlandesgerichtspräsidenten ernannte Vertrauensmänner als Legalisatoren bestellt (Ges. vom 17. März 1897, Z. 77 RGBl., Art. X).

Beihilfe in Verlaßabhandlungssachen gewähren den Gerichten die Gemeindevorsteher[2]) gemäß der im § 31 Pat. berufenen Instruktion vom 28. Juni 1850, Z. 256 RGBl. Ein in engen Grenzen sich haltendes Einschreiten ist betreffs aller, der Strafgerichtsbarkeit der Militärgerichte unterliegenden Personen auch Militärbehörden in unaufschieblichen Fällen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, insbesondere wohl in Garnisonen der ungarischen Reichshälfte zum Schutze hierländiger Beteiligter zugestanden (§ 13, Ges. vom 20. Mai 1869, Z. 78 RGBl.).

Die grundsätzlichen Vorschriften über Ausschließung und Ablehnung von Richtern[3]), anderen gerichtlichen Beamten und

---

[2]) Mit Rücksicht auf den Wortlaut des § 31 Pat.: „inwiefern den Gemeinden und ihren Vorständen die Mitwirkung in Angelegenheiten der Verlassenschaftsabhandlung zusteht, wird durch besondere Vorschriften bestimmt," als welche eben die oben zitierte Instruktion zu betrachten ist, scheint die vom Verwaltungsgerichtshofe (Nr. 2036 der Sammlung Budwiński) ausgesprochene Ansicht, daß eine gesetzliche Pflicht der Gemeindevorsteher zur Beihilfe in außerstrittigen Rechtsangelegenheiten über gerichtliche Weisung nicht besteht, kaum richtig zu sein.

[3]) Nach deutschem Reichsrechte decken sich nicht die Bestimmungen über Ausschließung der Richter im Streitverfahren (§ 41 ZPO.) und im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit (§ 6, Ges. vom 17. Mai 1898). Bemerkenswert ist, daß nach diesem Rechte die Amtshandlung eines ausgeschlossenen Richters in Sachen freiwilliger Gerichtsbarkeit rechtswirksam bleiben kann (§ 7 zit. Ges.). Für das österr. Recht ist die Nichtigkeit alles amtlichen Vorgehens eines ausgeschlossenen Richters zu behaupten. Denn nach § 2 Pat. sind auch im Verfahren außer Streitsachen die allgemeinen Vorschriften über die Erfordernisse rechtsgültiger Verhandlungen und Verfügungen genau zu beobachten, sonach auch die Vorschrift des § 477, Z. 1 ZPO. — Die Gründe der Ausschließung eines Notars als *judex chartularius* enthält § 33 NO.

Digitized by Google

Dienern des Gerichtes, über Dauer der Zuständigkeit[4]) und deren örtliche Begrenzung, über Rechtshilfe[5]), Delegation und Zuständigkeitsbestimmung durch den Obersten Gerichtshof (§ 28 JN.) und Zuständigkeitsstreitigkeiten sind im wesentlichen für beide Gebiete die gleichen (I. Teil, 2. und 3. Abschnitt der Jurisdiktionsnorm). Handelt es sich doch hiebei nicht um Fragen richterlicher Tätigkeit, vielmehr um Angelegenheiten der Justizverwaltung. Bemerkenswert ist jedoch, daß ausnahmsweise bei einer Delegation aus Zweckmäßigkeitsgründen auch ein Gericht anderer Art, wenn nur gleicher Stufe, mit der Durchführung des ganzen Verfahrens in einer Verlassenschafts-, Vormundschafts- oder Pflegschaftssache betraut werden darf, § 31 JN., sowie daß auch eine teilweise Übertragung der vormundschafts- oder kuratelsbehördlichen Geschäfte für die Zeit eines hiefür bestehenden Bedürfnisses selbst an ein ausländisches Gericht erfolgen kann § 111 JN. In dieser neuen Einrichtung ist eine dankenswerte Fortbildung des für die Einführung der Delegation maßgebenden Rechtsgedankens zu erblicken. Von der Delegation unterscheidet sich diese Vorkehrung durch ihre sachliche und

[4]) Im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit tritt zu den im § 29 JN. für beide Gebiete der Gerichtsbarkeit statuierten Gründen der Endigung der Zuständigkeit inländischer ordentlicher Gerichte noch eine für das Vormundschafts- und Pflegschaftsverfahren anerkannte Ausnahme von dem Grundsatze: *ubi acceptum est semel judicium, ibi et finem accipere debet* (fr. 30 D. 5, 1) hinzu; und zwar überhaupt bei Erwerb eines landtäflichen oder aus dem Gemeindeverbande ausgeschiedenen Gutes seitens des Schutzbefohlenen (§ 110, II., JN.), dann bei Ausscheiden desselben als Einzelnkaufmanns mit dem Pupillarvermögen aus der Firma oder als offenen Gesellschafters mit seinem Anteile aus der offenen oder Kommanditgesellschaft, sofern ein selbständiges Handelsgericht als die Vormundschafts- oder Pflegschaftsbehörde tätig war (Art. VIII, Z. 2 JN., k. Vdg. vom 21. Dezember 1855, Z. 2 RGBl. pro 1856).

[5]) Zu beachten ist, daß die Rechtshilfe eines Gerichtshofes im Sinne des § 37 JN. (außer den dort erwähnten bücherlichen Eintragungen) in Anspruch genommen werden muß, wenn es sich um den Vollzug von Realakten in Bezug auf landtäfliche oder Lehengüter oder aus dem Gemeindeverbande ausgeschiedene Gutsgebiete handelt (§ 117 JN.). Das gleiche ist zu behaupten betreffs der Realakte in Bezug auf, dem öffentlichen Verkehr dienende Eisenbahnen als ein Ganzes zumal mit Rücksicht auf § 11 des Ges. vom 19. Mai 1874, Z. 70 RGBl., Art. XVII, Abs. 2 JN. und die Motive des Enfwurfes eines EG. zur JN., S, 11. Inwieweit dem Begehren des Auslandes um Rechtshilfe zu entsprechen ist, bestimmen § 38 ff. JN. und die Haager Konvention vom 14. November 1896, Z. 85 RGBl ex 1899, Art. 5—10.

Digitized by Google

zeitliche Beschränkung, übertrifft sie aber durch die zulässige Inanspruchnahme auch fremdstaatlicher Gerichtsbarkeit. Eine Vermehrung der Instanzen tritt in keinem dieser Fälle ein.

Trotzdem über die Verteilung der verschiedenen Geschäftszweige im Verfahren außer Streitsachen (sachliche Zuständigkeit) an Gerichtshöfe I. Instanz und an Bezirksgerichte einerseits die Wichtigkeit der Angelegenheit, andrerseits die leichtere Zugänglichkeit des Gerichtes entschied, wurde die Bedeutung der Sache nur *ratione causae,* nicht aber auch *ratione valoris* (wie im Prozesse) bestimmt und der Wirkungskreis der Kausalsenate eng begrenzt.[6]) Damit entfiel auch jede wie immer geartete gerichtliche Wertserhebung, zumal bei übermäßiger Selbstschätzung, ähnlich der bei Gerichtshöfen I. Instanz im Prozesse (§ 60 JN.) zulässigen. Fälle, in welchen die Bedeutung der Angelegenheit zur Folge hätte, daß die erste Erledigung der übergeordneten oder gar der höchsten Gerichtsbehörde vorbehalten wird, kennt das dermal geltende Recht nicht (§ 116 und Art. I JN.), obwohl das Gesetz vom 13. Juni 1868, Z. 61 RGBl., § 3 ausnahmsweise

---

[6]) Bemessen wird die Bedeutung der Rechtsangelegenheit entweder nach der, für das Verfahren maßgebenden Person (Verlassenschafts-, Vormundschafts- und Kuratelsverfahren betreffs der Besitzer land- und lehntäflicher oder aus dem Gemeindeverbande ausgeschiedener Güter, §§ 105, 110 JN., und der Vollkaufleute oder offener Gesellschafter einer offenen oder Kommanditgesellschaft, Art. VIII, Z. 2), oder nach dem Gegenstande des Verfahrens (Tabular- und Realgerichtsbarkeit über land- und lehntäfliche Immobilien, die erstere auch über stadtbücherliche; Obsorge über Real- und Pekuniarfideikommisse, §§ 118, 117, 116 JN.) oder endlich nach der Wichtigkeit des Amtsaktes (die bedeutsamsten Verfügungen in Vormundschafts- und Pflegschaftssachen, Adoptions- und Legitimationsfällen, § 109 JN., die Kuratel für Kollektivgruppen von Interessenten, Besitzern von indossablen Teilschuldverschreibungen und Pfandbriefen gewisser Gattung, § 112 JN., Ges. vom 24. April 1874, Z. 48, 49 RGB., die Urkundenamortisation mit geringen Ausnahmen. § 115 JN., die Todeserklärung, Art. VIII, Z. 7 JN). Rücksichten der Zweckmäßigkeit durchbrechen diese prinzipielle Regelung, indem beispielsweise das Gesetz über das Expropriationsverfahren zu Eisenbahnzwecken (Art. VIII, Z. 4) und über das Verfahren in Notwegssachen (Ges. vom 7. Juli 1896, Z. 140 RGBl., §§ 9, 16) ohne Rücksicht auf die Gutseigenschaft des zu enteignenden oder mit einem Notwege zu belastenden Grundstücks nur Bezirksgerichte zur Amtstätigkeit beruft.

Die Kausalgerichtsbarkeit beschränkt sich bei Handelsgerichten und -Senaten auf die Führung des Handels- und Genossenschaftsregisters, Amortisation von Wechseln, kaufmännischen Anweisungen und Verpflichtungsscheinen, sowie der von Lagerhausunternehmungen ausgegebenen Besitzscheine

Digitized by Google

zur Einschuldung eines Fideikommisses über das erste Wertdrittel den Konsens des Obersten Gerichtshofes gefordert hat. Wohl aber bindet das Gesetz die Wirksamkeit der weittragendsten Verfügungen der Einzelgerichte in Vormundschafts- und Pflegschaftssachen an die Zustimmung des Gerichtshofes I. Instanz, dem sie vor der Erlassung zur Bestätigung vorzulegen sind (§ 109 JN.). Gründlichste Prüfung und zweckmäßigste Vorkehrung in der Sache selbst wird hiedurch gewährleistet, häufig auch Grund zu sonst zulässigen Beschwerden im vorhinein beseitigt.

Fremd ist aber dem Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit die Teilung der Amtstätigkeit in derselben Sache in der Weise, daß ein Gericht zur Durchführung des Verfahrens und ein anderes zu deren Erledigung berufen wäre, wie dies ausnahmsweise im Administrativverfahren im Verhältnisse der Revierbergbeamten zur Berghauptmannschaft vorkommt (Ges. vom 21. Juli 1871, Z. 77 RGBl.; § 1 der Instruktion). Wohl findet sich aber eine Spaltung in der Amtstätigkeit bei der Anlegung, Ergänzung, Wiederherstellung und Änderung öffentlicher Bücher, indem die Einleitung des bezüglichen Verfahrens dem Oberlandesgerichte, dessen Durchführung jedoch dem Grundbuchsgerichte zusteht (§ 2, Ges. vom 25. Juli 1871, Z. 96 RGBl., Art. XVII JN.).

Auch in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit erheischt es der Zweck prompter Erledigung, daß Geschäfte gleicher Gattung in der Art an die hiefür sachlich zuständigen Gerichte verteilt werden, daß einem jeden von ihnen ein genau begrenzter Sprengel zugewiesen werde. Die Ortsnähe des Gerichtes zu der zu erledigenden Angelegenheit muß für die örtliche Zu-

---

und Warrants (§ 39, Ges. vom 28. Mai 1889, Z. 64 RGBl.), auf die Bestätigung gesetzmäßiger Beschaffenheit am Sitze des Gerichts geführter Handelsbücher (§ 120 JN.), Ernennung und Abberufung von Liquidatoren (Art. 133, 134, 172 HGB.) und Bestellung von Genossenschaftsrevisoren (Ges. vom 10. Juni 1903, Z. 133 HGB.), wozu bei den drei selbständigen Handelsgerichten die Verlaßabhandlung, Vormundschafts- und Kuratelsobsorge in den oben berührten Grenzen hinzutritt.

Bergsenate besorgen lediglich die Führung des Bergbuches als ihnen zukommende Angelegenheit freiwilliger Gerichtsbarkeit; die Realgerichtsbarkeit betreffs der Bergwerke (§ 117 JN. a. contr.) und die Amortisation der Kuxscheine stehen ihnen nicht zu.

Seesenate besitzen keine Zuständigkeit in Sachen freiwilliger Gerichtsbarkeit; die Seeverklarung fällt in die Kompetenz der Bezirksgerichte (§§ 49, 52 JN.).

Digitized by Google

ständigkeit maßgebend sein. Bei Regelung dieser Zuständigkeit blieben somit als Kompetenzgründe die rechtliche Beziehung der Person (Domizil), der Sache *(res sita)* oder des Anspruches (Ort der Entstehung oder Endigung des Obligationsverhältnisses) zu dem Gerichtsbezirke entscheidend. Letztere z. B. häufig bei der Urkundenamortisation und Kuratel für die Gesamtheit der Besitzer bestimmter Wertpapiere. Zahlreiche Beurkundungen und Solemnisationen können, — weil aller örtlichen Beziehung ermangelnd — bei jedem Bezirksgerichte § 121 JN., ingleichen Schulderläge bei jedem ordentlichen Gerichte I. Instanz (Art. XVIII JN.) vorgenommen werden, letztere um so eher, als es nach unserem Rechte der gemeinrechtlichen Ladung des Gegners *ad videndum deponi* nicht bedarf. In diesen Fällen gilt auch nach österreichischem Rechte der Satz: *ubi judex, ibi judicium.* Dagegen fand die durch den Gerichtsgebrauch verbreitete, an fr. 36, § 1 D. de adopt. I, 7, fr. 2 D. de officio procon. I, 16 und fr. 17 D. de manumiss. vind. XL, 2 anknüpfende Annahme, als ob ein Richter im Gerichtsbezirke eines anderen alle Gerichtshandlungen freiwilliger Gerichtsbarkeit, die keine Sachuntersuchung erfordern, gültig vornehmen könne, in Österreich niemals Geltung (vgl. §§ 32 33 JN.).

Die im Streitverfahren im allgemeinen für zulässig erklärte Prorogation, die nur durch Vorbehalt gewisser Gattungen streitiger Rechtssachen für Gerichte bestimmter Art aus öffentlichen Rücksichten beschränkt werden mußte, d. h. die Verschiebung der gesetzlichen Verteilung der einzelnen Geschäftszweige an Gerichte anderer Art durch einen Willensakt der Parteien (§ 104 JN.), ist dem Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit völlig fremd. Dies erhärtet die kategorische Weisung des § 2, Z. 1 Pat., ferner Wortlaut und Einreihung des § 104 JN. am Schlusse des über die Zuständigkeit in Streitsachen handelnden zweiten Teiles der Jurisdiktionsnorm.

Da sonach Vereinbarungen der am Verfahren außer Streitsachen Beteiligten über die Gerichtszuständigkeit vom Gesetze ausgeschlossen sind, können um so minder letztwillige Verfügungen hierüber (z. B. für die Verlaßabhandlung) von Wirkung sein. Aus der Unzulässigkeit aller Prorogation erklärt sich auch die im Streitverfahren nicht anerkannte Pflicht des Gerichts, alle für die Zuständigkeit maßgebenden Verhältnisse — auch wenn ein Antrag

Digitized by Google

auf Einleitung des Verfahrens vorliegt — von Amts wegen, insbesondere durch Einvernahme der Beteiligten, zu ermitteln (§ 41, III JN.) und bei Hervorkommen der sachlichen oder örtlichen Unzuständigkeit in welcher immer Lage des Verfahrens die Verhandlung der Sache einzustellen und die Beteiligten an das gesetzlich berufene Gericht zu verweisen (§ 44 JN.). Im Gegensatze hiezu ist im Prozesse eine Einstellung des Verfahrens nur wegen unprorogierbarer Unzuständigkeit (§§ 240, 477, Z. 3 ZPO.) und die Verweisung an das gesetzlich zuständige Gericht bloß im Gerichtshofverfahren bei übermäßiger Bewertung des Klagegegenstandes (§ 60 JN.), dann im Berufungs- und wohl auch Rekursverfahren bei Verfehlung der Rechtsmittelinstanz zulässig (§ 474, I, ZPO.).

Ein Wahlrecht zwischen mehreren Bezirksgerichten an demselben Orte hat der Antragsteller (ähnlich wie der Kläger § 103 JN.) nur dann, wenn keines von ihnen als Gericht des Wohnsitzes oder Aufenthaltsortes einen Vorrang genießt (§ 122 JN.). Vorliegen desselben Kompetenzgrundes bei mehreren Gerichten führt zu Zuständigkeitsstreitigkeiten, sofern das Gesetz (z. B. § 106 JN.) nicht im vorhinein vorsorgt.

Unbegründete Zurückweisung des Ansuchens wegen irrtümlich vom Gerichte angenommener Unzuständigkeit kann nicht nur mit dem im Prozesse zulässigen Rekurse, sondern auch mit einer vom abweisenden Gerichte zu erledigenden Vorstellung angefochten werden (§ 9 Pat.). Beide Wege stehen bei irrtümlicher Annahme seiner Zuständigkeit seitens des Gerichtes den Beteiligten offen, während im Prozesse bei Annahme der Klage von einem unzuständigen Gerichte ein selbständiges Rechtsmittel überhaupt mangelt (§ 130 ZPO.).

Bei Anhängigmachung einer Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarbeit im Prozeßverfahren (z. B. der Entschädigungsfrage bei Expropriation von Grundstücken zu öffentlichen Eisenbahnen oder bei Einräumung eines Notwegs) ist der Ausschluß des Rechtswegs in erster Instanz einredeweise, nach abgeschlossenem Verfahren als Nichtigkeitsgrund im Rechtsmittelwege geltend zu machen (§§ 239, 240, 477, Z. 6, 503, Z. 1 ZPO.). Eine Erörterung hierüber bei der ersten Tagfahrt im Gerichtshofverfahren ist unzulässig, kann vielmehr nur in mündlicher Streitverhandlung erfolgen (§§ 239, 261 ZPO.). Amtspflicht des Berufungs-

Digitized by Google

und Revisionsgerichts ist es, bei Übersehen dieses Nichtigkeitsgrundes in erster Instanz (§ 240 ZPO.) durch Aufhebung des Urteils und Verfahrens die erforderliche Korrektur zu schaffen, trotzdem die Nichtigkeit nicht Beschwerdegrund war (§§ 471, Z. 7, 513 ZPO.). An einem in Rechtskraft erwachsenen Urteile kann aber nicht gerüttelt werden; weder mittels der außerordentlichen Rechtshilfe einer Nichtigkeitsklage (§ 529 ZPO.), noch von Amts wegen durch einen vom Justizminister beim Obersten Gerichtshofe zu stellenden Antrag auf Aufhebung des Erkenntnisses, weil die Ausnahmsvorschrift des § 42 JN. diesen Fall nicht betrifft.

Die Bewilligung einer einstweiligen Verfügung darf nicht aus dem Grunde verweigert werden, daß der zu sichernde Anspruch im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit geltend zu machen ist, z. B. Heiratsgut, Grundentschädigung bei Eisenbahnexpropriationen. Denn die Vorschriften der Exekutionsordnung, also auch des zweiten Teils dieses Gesetzes, soweit sie einstweilige Vorkehrungen betreffen, gelten ohne Unterschied des Verfahrens für alle ordentlichen Gerichte (*arg. art.* I., EO.).

Wenn im Gegensatze zu dem vorausgeschickten Falle eine Streitsache als Gegenstand der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Verhandlung gezogen wurde (z. B. die Frage ehelicher Abstammung eines Kindes nach dem Tode des angeblichen Erzeugers zwecks der Legitimation durch nachfolgende Ehe, trotz seines steten beharrlichen Leugnens der Vaterschaft), so ist das Verfahren in erster Instanz, sobald der wahre Charakter der Angelegenheit erkannt wird, einzustellen und falls die Sache an das Rekursgericht gelangte, von diesem das gepflogene Verfahren samt der erflossenen Verfügung aufzuheben (§ 42 JN.). Nach eingetretener Rechtskraft der Verfügung ist auch hier deren Aufhebung ausgeschlossen, wie sich aus dem letzten Absatze des § 42 JN. ergibt.[7])

Unbekannt ist dem österr. Rechte, daß betreffs derselben Angelegenheit der Prozeßweg und das Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit zur Wahl steht.

Der Fall des Firmamißbrauches kann nicht hieher gerechnet werden; denn das Begehren um Einstellung der Ordnungswidrigkeit im Verfahren außer Streitsachen (Art. 26 HGB., § 14 EinfG.) und die Schadensersatzklage wegen Firmamißbrauch (Art. 27 HGB.)

[7]) Vgl. Schauer in der österr. GZ., 1897, Nr. 24.

Digitized by Google

fußen auf verschiedenen Tatbeständen und bezwecken nicht dasselbe. Das deutsche Handelsrecht kennt aber Fälle einer derartigen Konkurrenz beider Arten des gerichtlichen Verfahrens (vgl. deutsches Handelsgesetzbuch §§ 309, 310 und Gesetz über Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898, § 144).

Nicht so weit wie in Streitsachen erstreckt sich in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Macht inländischer Gerichte gegenüber von Ausländern. Als Ausländer gelten aber alle Personen, denen das Staatsbürgerrecht in einem der Reichsratsländer mangelt (Art. X JN.). Obwohl eine gesetzliche Regelung dieser Frage im Detail vermißt wird, ist es unverkennbar, daß bei Erlassung der einschlägigen Normen die Theorie der *Statuta realia, personalia et mixta* einwirkte und die Frage der örtlichen Grenzen des materiellen Rechts mit der davon grundverschiedenen nach der Gerichtsbarkeit inländischer Gerichte gegenüber Ausländern verquickt wurde, z. B. im § 22 Pat.

Vor allem wurden die auf unbewegliche Sachen (sowohl als einzelne, wie als Bestandteile einer sogenannten *universitas juris*) Bezug habenden Amtshandlungen freiwilliger Gerichtsbarkeit, als da sind: die Verlaßabhandlung betreffs der Immobilien eines Ausländers, dessen übriger Nachlaß hierlands nicht abgehandelt wird, ferner Real- und Tabularakte gemäß des Prinzips: *immobilia obnoxia territorio* (§ 300 ABGB.) dem Gerichte der belegenen Sache, beziehungsweise dem Buchgerichte (§§ 107, 117, 118 JN.) vorbehalten. Verlaßabhandlungen betreffs des beweglichen Nachlasses nach Ausländern pflegen inländische Gerichte nur im Falle der Retorsion (§ 23 Pat.) oder bei allseitiger Zustimmung der Beteiligten nach einem hier ansässigen Ausländer (§§ 24, 140 Pat.; Art. VIII, Z. 3 JN.). Sonst gilt: *mobilia sequuntur ossa*, und in Konsequenz dessen unter Voraussetzung der Reziprozität die heimatliche Gerichtsbarkeit des Ausländers zur Verlaßabhandlung (§ 23 Pat.).

Fürsorgeakte, die schutzbedürftige Personen betreffen, sind dem Gerichte zu überlassen, dem sie zufolge ihrer Staatsangehörigkeit unterstehen, nach Maßgabe des Satzes: *statutum personale comitatur personam* (vgl. Ofner: Beratungsprotokolle des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, I. Bd., S. 173); somit fällt die Ausübung vormundschafts- und kuratelsgerichtlicher Gewalt dem Gerichte des Heimatsstaates zu. Nur eine mittlerweilige Be-

Digitized by Google

stellung des gesetzlichen Vertreters für Mündel und Pflegebefohlene[8]) (JME. vom 10. Oktober 1860, Z. 14.939) für solange, bis von der zuständigen ausländischen Behörde eine andere Verfügung getroffen wurde, ist ohne Rücksicht auf mangelnde Übung der Gegenseitigkeit zulässig (§§ 183, 219 Pat.; § 109 JN., Art. VIII, Z. 3 JN.; Aufsatz des Dr. Noë in der österr. Ger. Ztg., 1895, Nr. 7). Da es sich um eine Maßregel vorübergehenden Charakters handelt, entfällt die kollegialgerichtliche Bestätigung (JMVBl., 1898, S. 194). Dem vorausgeschickten zufolge können nur Adoptionen und Legitimationen eigenberechtigter Ausländer vor inländischen Gerichten vollzogen werden (arg. § 113 JN.), da bei Schutzbefohlenen die Zuständigkeit des Vormundschafts- oder Pflegschaftsgerichts begründet ist.

Todeserklärungen von hierlands wohnhaften Ausländern stehen bei Zutreffen aller im § 24 ABGB. aufgestellten Bedingungen im Inlande inländischen Gerichten zu und werden von den ausländischen als rechtswirksam anerkannt (Mitteilungen im JMVBl. vom 30. März 1895, St. VI, S. 44.)

Bei anderen Amtshandlungen freiwilliger Gerichtsbarkeit fällt im Sinne des Grundsatzes: *locus regit actum* die Eigenschaft einer Person als Ausländer überhaupt nicht ins Gewicht. Z. B. bei Amortisation von einem Ausländer gehöriger, abhanden gekommener Urkunden, bei Zertioration hierlands geführter Handelsbücher, bei freiwilliger Scheidung im Inlande wohnhafter Ehegatten und anderen mehr.

B. Beteiligte und deren gesetzliche Vertreter.

Was die an dem Verfahren teilnehmenden Personen anlangt, bestimmt im Streitverfahren der Wille einer Privatperson, des Klägers, zwischen welchen Beteiligten als Parteien der Rechtsstreit ausgefochten, wer ihm als unmittelbar beteiligter Gegner gegenüberstehen soll. Soweit die Rechtsgemeinschaft Streitgenossenschaft gestattet § 11 ZPO., ist es ihm freigestellt, im Verein mit

[8]) Die oberstgerichtliche Entscheidung Nr. 12.609 der Sammlung Pfaff-Schey-Krupský lehnte die Einleitung des Verfahrens betreffs der angesuchten Prodigalitätserklärung eines hierlands wohnhaften Angehörigen der ungarischen Reichshälfte, der kein in der diesseitigen gelegenes Vermögen besaß, ab, weil die Dringlichkeit einer sofortigen Vorkehrung mangelt.

Digitized by Google

Mitberechtigten oder für sich allein Streit zu erheben, sowie die Gegner zu wählen, also entweder gegen alle Mitverpflichtete mit einer Klage vorzugehen oder nur gegen einen einzelnen oder einige klagbar aufzutreten.

Dem Gerichte steht es nicht zu, durch das Band gemeinschaftlicher Berechtigung oder Verpflichtung verbundene Personen zu gemeinsamer Prozeßführung herbeizurufen, sondern nur allenfalls zwischen denselben Personen, beziehungsweise ihnen und einem gemeinsamen Gegner anhängige Prozesse aus Zweckmäßigkeitsgründen zu völlig oder teilweise gemeinschaftlicher Verhandlung (z. B. nur betreffs der Beweisaufnahme) zu verbinden (§ 187 ZPO.). Ebensowenig kann das Gericht jemand, der einen stärkeren Rechtsanspruch auf die im Streit befangene Sache besitzt, als die Streitparteien, oder der an dem Siege einer Partei ein rechtliches Interesse hat, zu dem Verfahren heranziehen, sondern nur die allfällige Aufnahme eines neuen Kampfes gegen beide Streitteile oder den Beitritt eines Dritten an die Seite eines der sich bekämpfenden Gegner (Haupt- und Nebenintervention) abwarten (§§ 16, 17 ZPO.).

In Angelegenheiten freiwilliger Gerichtsbarkeit gibt es keine „Parteien", nur Interessenten, Beteiligte, wenngleich das Gesetz (z. B. § 2, Abs. 5, 6, 7, 8 Pat.) häufig von Parteien und selten (§ 2, Abs. 10) von „Teilnehmern" am Verfahren spricht. Mag immerhin das Verfahren zumeist durch Antrag eines an der Sache Interessierten eingeleitet werden, so entscheidet hier nicht der Wille einer Privatperson, sondern des Richters dem Gesetze entsprechende Weisung als Ausfluß seines Amtswillens darüber, wer an der Verhandlung der Sache als Beteiligter teilzunehmen hat oder hievon auszuschließen ist (§ 2, Z. 4 Pat.). Mit Rücksicht auf die bunte Fülle der in dieses Gebiet fallenden Angelegenheiten wird sich dies in den einzelnen Fällen verschieden gestalten, sowohl bezüglich der Zahl der Teilnehmer als auch des Maßes ihrer Beteiligung an der Sache. Bei Lösung der Frage nach den Beteiligten ist entscheidend, um wessen eigene Rechtsangelegenheit es sich handelt und ist diesfalls auf die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts (Art. XXX ZPO.) zurückzugehen, mag nun ein ausschließliches, oder ein gemeinschaftliches, ein mittelbares oder ein unmittelbares Interesse in Betracht kommen. In einzelnen über Ansuchen eingeleiteten Verfahrensarten wird außer dem Ansuchenden kein fernerer Teilnehmer auftreten, da der ein-

Digitized by Google

zige mit dem Gesuchsteller gegeben ist, z. B. in einzelnen Handelsregister- und Tabularsachen, in Fällen von Urkundenamortisationen bei Erfolglosigkeit des Edikts.

Besonderer Hervorhebung bedarf es nicht, daß wegen mitberührter öffentlicher Interessen in Verlassenschafts-, in Vormundschafts- und Kuratelssachen zwar jedermann durch Anzeige des Todesfalles oder des Mißbrauchs gesetzlicher Gewalt über Minderjährige oder Pflegebefohlene den Anstoß zur Einleitung des Verfahrens gleich der *actio popularis* geben, hiedurch aber nicht zu einem hieran Beteiligten werden kann (§ 36 Pat.; §§ 178, 190, 217 ABGB.). Selbstverständlich dürfen nicht als Beteiligte angesehen werden Behörden, Amtspersonen und öffentlichrechtliche Korporationen, die in Verlaßabhandlungs- und Handelsregistersachen durch Anzeigen oder in anderer Weise (§ 156 Pat.) auf das Verfahren einwirken, da sie hiemit nur ihrer Amtspflicht genügen (§ 31 Pat.; § 13 EinfG. zum Handelsgesetzbuch). Ebensowenig machen Ansuchen um Rechtshilfe (§ 38 JN.) oder ein Einspruch gegen das Einschreiten eines österreichischen Gerichts (§ 140 Pat.) ausländische Gerichte zu „Beteiligten“ an einer hiergerichts verhandelten Angelegenheit.

Ähnlich wie Behörden nicht Prozeßsubjekte sein können, fehlt die Möglichkeit, daß sie als Beteiligte im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit auftreten; denn sie entbehren der Rechtspersönlichkeit. Genehmigung eines Vertrages (über Mündelgut, Adoption) seitens eines Gerichts ist kein rechtsgeschäftlicher Akt, sondern Betätigung eines staatlichen Hoheitsrechts.

Gleichwie ferner im Prozesse der Richter nicht zugleich die Rolle einer Prozeßpartei einnehmen darf, kann auch der an einer Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit Beteiligte nicht selbst als richterliche Amtsperson dabei mitwirken (§§ 19, Z. 1, 20 JN.) oder ein Notar in eigener Sache Verifikations- oder Solemnisationsakte vornehmen (§ 33 NO.). Ein an der Sache Beteiligter kann nur einvernommen, nicht aber als Zeuge oder Sachverständiger gehört werden (weshalb z. B. der Erbe von der Inventur der Verlassenschaft als Schätzmann ausgeschlossen ist). Seine Einvernahme kann — mit Ausnahme des Verfahrens behufs Todeserklärung Verschollener, Gesetz vom 16. Februar 1883, RGBl. Nr. 20 — nur unbeeidet erfolgen, während Zeugen nach gesetzlicher Vorschrift

Digitized by Google

oder richterlichem Ermessen der Eidespflicht genügen müssen und Sachverständige unter Eid ihr Gutachten abgeben.

Nicht immer sind die Teilnehmer an dem Verfahren schon bei dessen Einleitung gegeben; oft hat das Gericht erst sie zu erforschen und festzustellen, während dem Prozeßrichter die Prozeßparteien bereits im Klagsantrage in bindender Weise bezeichnet werden. Dem Gerichte obliegt es, dafür Sorge zu tragen, daß alle Personen, deren Einvernahme oder Erklärung erforderlich ist, dem Verfahren beigezogen werden (§§ 2, Z. 4, 75, 80, 185, 189, 190, 193, 257, 263 Pat.), insbesondere auch diejenigen, denen allenfalls ein stärkerer Rechtsanspruch zusteht (§ 124 Pat.) oder deren Rechtsinteressen bloß mittelbar berührt werden (§§ 95, 229, 237, 240, 252, 274 Pat.). Insoweit könnte auch von zwei Gruppen von Beteiligten gesprochen werden, nämlich von den Berechtigten im Gegensatze zu bloßen Interessenten, wie im Administrativprozesse.[9]).

Die Heranziehung aller Beteiligter zur Verhandlung vollzieht sich durch individuelle Ladung, die den Verhandlungsgegenstand genau bezeichnet; ausnahmsweise durch öffentliche Aufforderung an die dem Gerichte unbekannten Teilnehmer an dem Verfahren (Edikt) zur Selbstmeldung (§§ 124, 128, 135 Pat.).

Wenn mehrere an derselben Rechtssache Beteiligte nur gemeinschaftlich zur Antragstellung berechtigt sind, ist der Rücktritt eines von ihnen als Rückziehung des Antrags überhaupt zu behandeln, z. B. bei einem Antrag auf gerichtliche Erbteilung eigenberechtigter Erben (§§ 170, 171 Pat., verba: wird von denselben angesucht).

Die gesetzliche Vertretung der Teilnehmer am Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit, die der Eigenberechtigung ermangeln, richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts (§ 2 Pat. *in princ;* § 1 ZPO.). Insbesondere wird häufig die Kollisionskuratel (§ 77, Z. 1 Pat.) Anwendung finden und die Vertretung unbestimmter Personen als *curatela nascituri* und *posteritatis* bei Verlaßabhandlungen und Fideikommißangelegenheiten platzgreifen (§§ 77, Z. 3, 228 Pat.). Insofern die Rechtsübung bei Gerichten beliebt, statt des im § 630 ABGB. vorgesehenen „zur Vertretung des Fideikommisses und der Nachkommenschaft ge-

[9]) Bernatzik, Rechtsprechung und Rechtskraft, S. 64 ff., 182 ff.).

Digitized by Google

meinschaftlichen Kurators" zwei besondere Vertreter zu bestellen, wird dem besonderen Fideikommißkurator die Fürsorge um den unverkümmerten Bestand des Stammvermögens (§§ 228, 229, 254 Pat.) — keineswegs aber als dem Vertreter einer vermeintlichen juristischen Person, des Fideikommisses[10]) — zukommen. Einem Testamentsvollstrecker werden — von dem Falle seiner gerichtlichen Bestellung zum Verlassenschaftskurator (§ 80 Pat.) abgesehen — die Befugnisse eines solchen nach unserem bürgerlichen Rechte niemals zustehen (§ 816 ABGB., § 164 Pat.).

Soweit endlich der Konkursmasseverwalter bei Verlaßabhandlungen aufzutreten bemüssigt ist (§§ 4, 95 KO.), handelt er nach ausdrücklicher Weisung der Konkursordnung als ein gesetzlicher Vertreter der Konkursgläubigerschaft (§§ 4, 76, I, KO.).

Der Kurator der Besitzer von Pfandbriefen[11]) und von auf Inhaber lautenden oder indossablen Teilschuldverschreibungen (Gesetz vom 24. April 1874, RGBl. Nr. 48, 49) hat die Rechtsstellung eines Vertreters der Interessen „unbekannter Teilnehmer an dem Geschäfte" (§ 276 ABGB.).

In allen vorerwähnten Fällen wäre es somit verfehlt zu behaupten, daß die gedachten Personen kraft ihres Amtes selbst die Rolle der Beteiligten übernehmen, gewissermaßen als Treuhänder *(trustee)* für das Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit. Nach deutschem Reichsrechte wird für die Testamentsvollstrecker und Konkursmasseverwalter diese Meinung, wenn auch nicht unbestritten, vertreten.[12])

Die gemäß § 182 Pat. bei Ablegung von Ordensgelübden zu bestellende Kuratel ist keine *cura personarum* des Professen, vielmehr eine Verwaltungs- und Vertretungskuratel betreffs „desjenigen Vermögens, worüber er nicht unter Lebenden verfügt hat", in Konsequenz der Dispositionsunfähigkeit eines Professen.

Die Anwendbarkeit der Anordnungen des Art. IV ZPO. über die Vertretung von Gesamtpersönlichkeiten und Zweckvermögen durch ihre gesetzlich bestimmten Repräsentanten, sowie über die einheitliche Vertretung der Handelsgesellschaften und Genossenschaften im Bereiche der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist nicht zu

[10]) Vgl. über diese Auffassung Pfaff-Hofmann, Exkurse über österr. allgemeines bürgerliches Recht, II. Bd., S. 227 ff.

[11]) Vgl. Dr. Pavlíček, Das Pfandbriefrecht, 1895, S. 91 ff.

[12]) Vgl. Zeitschr. für deutschen Zivilprozeß, XXX. Bd., S. 289 ff.

Digitized by Google

bezweifeln, da § 2 *princ.* Pat. verordnet, daß die allgemeinen Vorschriften über die Erfordernisse rechtsgültiger Verhandlungen genau zu beobachten sind, dazu aber gewiß die Vorschriften über gesetzliche Vertretung handlungsunfähiger Rechtssubjekte gehören.

In beiden Zweigen des gerichtlichen Verfahrens muß die Fähigkeit aller Teilnehmer an dem Verfahren zum selbständigen Einschreiten, Auftreten und Verhandeln vor Gericht, ingleichen die Befugnis ihrer gesetzlichen Vertreter hiezu von Amts wegen sichergestellt, nach gleichen Gesichtspunkten beurteilt (§ 2 *princ.* Pat.; §§ 1, 4 ZPO.) und für die Beseitigung allfälliger Mängel Sorge getragen werden (§ 6, II, ZPO.; § 2 Pat.). Es hat sogar das Gesetz über Verfahren außer Streitsachen dafür das Vorbild für die Zivilprozeßordnung gebildet, in welcher Weise drohender Nichtigkeit durch Beiziehung eines gesetzlichen Vertreters vorzubauen ist (Motive zum Entwurfe einer Zivilprozeßordnung, S. 193).

Die erwähnte Amtspflicht ist von Gerichten und Notaren, auch in ihrer Eigenschaft als *judices chartularii* (§§ 34, 36 NO.), niemals außer Acht zu lassen; von letzteren selbst nicht bei bloßen Legalisierungen von Unterschriften, insofern die Geschäftsfähigkeit des Ausstellers (§ 34, II, NO.) im Gegensatze zu seiner Berechtigung zum Abschlusse des betreffenden, durch die legalisierte Urkunde zu beweisenden Rechtsgeschäftes (§ 36 NO.) in Frage kommt (Judikat des Obersten Gerichtshofes Nr. 136).

Zur Sicherheit des Rechtsverkehres werden daher von jeder Beschränkung der Geschäftsfähigkeit Großjähriger die Notare des betreffenden Gerichtshofsprengels verständigt (§ 184 Pat., §§ 31, 116 e) NO.) und über Begehren des Vormundschafts- und Kuratelsgerichtes in den öffentlichen Büchern die bezüglichen Anmerkungen vollzogen (§§ 20, 52 GrdbO., § 189 BergG.).

Ohne Frage hindert Mangel der Prozeßfähigkeit nicht an der Vornahme oder dem Abschlusse von Rechtsgeschäften, zu welchen mündige Minderjährige oder Pflegebefohlene (Verschwender) vor Gericht oder Notar berechtigt sind (§§ 569, 568 ABGB., §§ 151, 246, 247 ABGB., § 36 NO. verba: „zu dem vorzunehmenden Rechtsgeschäfte unfähig"; §§ 70, 52 NO.). Er schließt nicht die Anregung von ihrer Seite zu amtswegigen Erhebungen behufs Hintanhaltung weiteren Mißbrauches väterlicher oder vormundschaftlicher Gewalt (§§ 178, 217 ABGB.) aus; ebensowenig die

Digitized by Google

Anrufung richterlicher Hilfe in, dem Rechtswege entzogenen strittigen persönlichen und Vermögensangelegenheiten zwischen Kindern und Eltern (§§ 52, 141, 148, 181, 1220, 1231 ABGB.) und zwischen Gatten (§ 142 ABGB.), deren einer minderjährig ist. Gleichwie endlich die mangelnde Prozeßfähigkeit einer Parteieinvernehmung der mündigen und daher eidesfähigen Partei im Rechtsstreite keinesfalls im Wege steht (§ 373 ZPO.), hindert sie niemals eine Einvernahme im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit (z. B. eines Mündels §§ 185 II, 190 Pat.)

Im außerstrittigen Verfahren ergangene Entscheidungen über Prozeßfähigkeit und gesetzliche Vertretung bleiben auch für das Streitverfahren bindend § 7 ZPO.; denn in Sachen dieser Art sind gleichfalls die „allgemeinen Vorschriften über die Erfordernisse rechtsgültiger Verhandlungen und Verfügungen genau zu beobachten" § 2 Pat., somit insbesondere auch das unter Nichtigkeitsfolge (§§ 7 und 477, Z. 5 ZPO.) zu berücksichtigende Erfordernis der Fähigkeit, selbständig vor Gericht zu verhandeln, sowie der gesetzlichen Vertretung der Beteiligten (§ 4 ZPO.). Zweifelsohne kann aber nur der Ausspruch eines inländischen Gerichtes über die berührten Requisite gültigen Verfahrens im Inlande von Bedeutung sein (§ 7, II ZPO.), weil die Beurteilung der Prozeßfähigkeit je nach den in Betracht kommenden bürgerlichen Gesetzgebungen in den einzelnen Staaten verschieden ausfällt.

Es bedarf schließlich keiner eingehenderen Erörterung, daß ähnlich wie im Prozesse zwischen der im formellen Rechte fußenden Prozeßfähigkeit und der im materiellen Rechte beruhenden Klagslegitimation zu unterscheiden ist, auch im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit die Fähigkeit einer Person, selbsthandelnd vor Gericht überhaupt aufzutreten, und die Berechtigung zu dem Gegenstande des Verfahrens freiwilliger Gerichtsbarkeit in dem einzelnen Falle auseinanderzuhalten sind. Mangel der ersteren bewirkt Nichtigkeit des Verfahrens in beiden Gebieten richterlicher Tätigkeit (§§ 7 und 477, Z. 5 ZPO., § 2, I Pat.), Abgang der letzteren bedingt aber die Ablehnung einer diesem Kläger, beziehungsweise Antragsteller günstigen Erledigung der Sache.

Die gegenseitige Abhängigkeit oder Verknüpfung rechtlicher Interessen mehrerer Personen beeinflußt ebenso wie die Prozeßgestaltung, auch das Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit.

Digitized by Google

Eine dem Nebenintervenienten, der im Rechtsstreit sein mittelbares rechtliches Interesse am günstigen Ausfalle des Prozesses durch Beitritt zu diesem zur Geltung bringt (§ 17 ZPO.), analoge Rolle spielt der Bürge im Grundbuchsverfahren, wenn er im Namen des, mit dem Begehren um Pfandrechtseintragung für die verbürgte Schuld auf des Hauptschuldners Gut zögernden Gläubigers die Eintragung begehrt (§ 79 GrdbO.). Nicht minder kommt es der unzertrennlichen Beteiligung der Streitgenossen bei einheitlicher Streitgenossenschaft, die eine Diskrepanz der Prozeßlage mit Rücksicht auf das im Streite befangene Recht ausschließt (§ 20 ZPO.), in formeller Beziehung nahe, wenn die grundbücherliche Eintragung gemeinschaftlicher Rechte, die eine Teilung im Verhältnisse zum Ganzen nicht zulassen, von jedem Teilhaber für sich und im Namen der übrigen erwirkt werden kann (§ 80 GrdbO.).

Das Hinüberspielen öffentlicher Interessen in die Privatrechtssphäre hat im modernen Rechte zur Vertretung derselben in verschiedener Weise den Anstoß gegeben. Vor allem ist festzustellen, daß die durch die Ehelichkeitsanerkennung eines Kindes im streitigen oder außerstrittigen Verfahren (§§ 155—159 ABGB.; Art. XVI JN.) mitberührten öffentlichrechtlichen Belange, als da sind: das Recht auf den Familiennamen, Adel und das Wappen des Vaters (§ 146 ABGB.), dessen Heimatsverband und damit der Armenversorgungsanspruch und ähnliches, von keinem *curator ratione publici* vertreten werden. Der im § 158 ABGB. erwähnte Kurator zur Verteidigung der ehelichen Geburt ist der gesetzliche Vertreter des minderjährigen Kindes als Prozeßpartei (§§ 269, 121 ABGB.; Ofner, Beratungsprotokolle des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, I. Bd., S. 153).[13])

Einer Vertretung öffentlicher Interessen bedarf es aber zweifelsohne im Verfahren behufs Todeserklärung eines Verschollenen, wenn dessen Gatte auch den gerichtlichen Ausspruch über die Auflösung der Ehe anstrebt. Diese Interessen zu wahren, wird dem zu bestellenden Ehebandsverteidiger in gleicher Weise

---

[13]) Eine eingehende Begründung obiger Anschauung findet sich in meinem, dieser Frage gewidmeten Aufsatze in den Mitteilungen des mährischen Juristenvereines (böhmisch), XIII. (1904), S. 1 ff. und Krasnopolski, Beiträge zum österr. Familienrechte, 1905, S. 37 ff.

Digitized by Google

übertragen, wie im Prozeßverfahren zwecks Ehetrennung (Ges. vom 16. Februar 1883, Z. 20 RGBl., § 9; §§ 115, 97 ABGB.).

Während in diesem Falle die öffentlichen Interessen unmittelbar in dem durchgeführten Verfahren selbst zur Geltung kommen, wird auch außerdem dafür Sorge getragen, daß dort, wo die Gerichte im Verfahren außer Streitsachen zwingende Rechtsvorschriften, die zum Schutze von Gemeininteressen erlassen wurden, verletzten, nach abgeschlossenem Verfahren zur Wahrung des Gesetzes die erforderliche Korrektur eintrete. Es haben nämlich die Finanzprokuraturen in Vertretung der aufsichtführenden Staatsverwaltung im Sinne ihrer Dienstinstruktion vom 9. März 1898, Z. 41 RGBl., Abs. III des § 2 in Fällen dieser Art ohne Rücksicht auf den Fristablauf im Wege des Rekurses die erforderliche Abhilfe zu schaffen. Dies trifft zu bei gesetzwidrigen Eintragungen in Handels- und Genossenschaftsregister, bei einer dem Gesetze widerstreitenden Eröffnung einer Grundbuchseinlage für öffentliches Gut oder für ein Trennstück eines Landtafelkörpers, bei Nichtbeobachtung der Vorschriften über Belastung und Veräußerung von Kirchengut, bei gesetzwidriger Anmerkung der Realeigenschaft eines Gewerbes im Grundbuche und ähnlichem.[14]) In dem Entwurfe eines Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (nach der vom Herrenhause beschlossenen Fassung, Beilage zu den stenographischen Protokollen Nr. 272, S. 21, §§ 43, 87) wird die Vertretung der öffentlichen Interessen, soweit es das Handelsregister betrifft, der Finanzprokuratur direkt „als der zur Wahrung der öffentlichen Interessen berufenen Behörde“ zugewiesen.[15])

C. Bevollmächtigte für das Verfahren und Beistände.

Soweit im Gegensatze zu der gesetzlichen Vertretung die gewillkürte in Betracht gezogen wird, gilt im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit volle Vertretungsfreiheit. In doppelter Richtung ergeben sich jedoch Ausnahmen; einmal nach der

[14]) Ulbrich, Handbuch des österr. Verwaltungsrechts, 1903, S. 110; Meisel im II. Bd. des österr. Staatswörterbuchs (II. Aufl.), Artikel: Finanzprokuratur, S. 76. Über die Vertretung öffentlicher Interessen auf dem Gebiete des Privatrechts vgl. den geistvollen Vortrag Steinbachs in der österr. GZ., 1902, Nr. 1.

[15]) Vgl. auch Randa, Handelsrecht (1905), II. Bd., S. 303.

Digitized by Google

Natur der Sache, insofern Vertretung unmöglich ist, sodann kraft gesetzlicher Weisung, wenn Bevollmächtigung geboten wird. Ersteres trifft zu bei Willensbetätigungen, die ihrem Wesen nach eine Vertretung ausschließen, wie bei Errichtung oder Widerruf einer letztwilligen Erklärung vor Gericht oder vor einem Notar, ferner bei Angelobung des Vormundes (§ 205 ABGB.), oder bei Einvernahmen, zu denen der Beteiligte persönlich geladen wurde, z. B. ein Mündel vor Erteilung des Ehekonsenses § 190 Pat. Zu beachten ist, daß die bloße Rücknahme einer schriftlichen, mittels Übergabe zum Notariatsprotokoll vor dem Notare errichteten letztwilligen Erklärung durch einen hiezu Bevollmächtigten, dessen Vollmacht jedoch amtlich beglaubigt sein muß, für zulässig erklärt ist (§ 74 NO.), da hierin kein Widerruf liegt, wohl aber dadurch bewirkt wird, daß es der zurückgenommenen letztwilligen Erklärung fernerhin an der Kraft einer gerichtlichen gebricht.

Im Gegensatze zu dem in der Natur der Sache beruhenden Ausschlusse einer Vertretung kennt das Gesetz Fälle, in welchen zufolge richterlicher Weisung für eine Vertretung durch Bestellung von Vollmachtsträgern zu sorgen ist, weil ein Gebot hiefür besteht. Es sind dies die folgenden:

1. Bei schriftlicher Verlaßabhandlung, auch wenn sie bei Bezirksgerichten verfügt wurde, sind außer dem Gerichtssitze wohnhafte Erben verpflichtet, einen dort domizilierenden Bevollmächtigten zu bestellen (§ 117, III Pat.). Bei mündlicher Erbschaftsverhandlung kann ein gleiches angeordnet werden, wenn allzu weite Entfernung der Erben oder ihrer gesetzlichen Vertreter vom Sitze des Abhandlungsgerichtes die mündliche Vernehmung unmöglich macht (§ 117, II Pat.).

2. Überhaupt können Einschreiter, von welchen das Gericht wiederholt mit fehlerhaften oder unzulässigen Gesuchen behelligt wurde, verhalten werden, ihre Gesuche, wenn im Gerichtsorte zwei Advokaten bestehen, von einem Advokaten verfassen und unterschreiben zu lassen (§ 5, II Pat.).

Die Verweisung der Erben an einen Notar behufs der Verfassung entsprechender Verlassenschaftsausweise an Stelle der, von den Beteiligten angefertigten, aber derart mangelhaften, daß sie zu keiner zweckentsprechenden Erledigung dienen können, fällt nicht unter den Gesichtspunkt einer gebotenen Bevollmächtigung. Gemäß

Digitized by Google

der Verordnung des Justizministeriums vom 7. Mai 1860, Z. 120, RGBl., § 3 hat in einem solchen Falle die „Übertragung" dieses Geschäfts vom Gerichte an einen Notar als Gerichtskommissär zu erfolgen, wie sich aus dem übrigen Inhalte des zitierten § 3 ergibt.

Daß der für Prozesse im Gerichtshofverfahren geltende Anwaltszwang im außerstrittigen Verfahren entbehrlich ist, liegt auf der Hand. Im Streitverfahren sollen die Parteien vor den nachteiligen Folgen ungenügender Rechtskenntnis bewahrt und dem Gerichte die gründliche und rasche Erledigung der Streitsache im mündlichen Verfahren durch die Mitwirkung rechts- und geschäftskundiger Anwälte erleichtert werden. Im Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit bedarf es für die Beteiligten einer solchen Beihilfe (abgesehen von dem unter Z. 2 berührten Ausnahmsfalle) nicht (§ 5 Pat.), weil die Gesetzgebung in die Gerichte ihr volles Vertrauen setzen kann, daß sie bei Ausübung des präventiven Rechtsschutzes die tatsächlichen Grundlagen der zu treffenden Verfügung selbst auf das gewissenhafteste ermitteln werden. Nicht einmal bei Ergreifung von Rechtsmitteln ist die Beihilfe von Advokaten und deren Mitfertigung auf Beschwerden erforderlich. Denn § 5 Pat. schließt überhaupt den Advokatenzwang aus und aus der im § 4 Pat. enthaltenen Verweisung auf die Zivilprozeßordnung betreffs der „allgemeinen Erfordernisse der Form schriftlicher Gesuche", kann nicht das Gegenteil gefolgert werden. Es entspricht auch dem Charakter des Verfahrens freiwilliger Gerichtsbarkeit, das den Rechtsinteressen der Beteiligten so weit als nur möglich zu dienen bestimmt ist und auf keinen Gegner Rücksicht zu nehmen hat, daß möglichst geringe Anforderungen an die Form der von dem Beteiligten erhobenen Beschwerde gestellt und der Rechtsmittelzug tunlichst kostenlos gestaltet werde.

Advokatenzwang gilt auch nicht betreffs der Taubstummen, obwohl sie vor Gericht nicht ohne „Sachwalter" erscheinen sollen (§ 275 ABGB.). Durch den Hinweis auf Sachwalter *(causae dicus)* ist klar angedeutet, daß nur das Verfahren in Streitsachen gemeint ist.[16]) Selbst bei Aufnahme von Notariatsakten und -Protokollen

[16]) In diesem wird sich auch die Bestimmung des § 185 ZPO. geltend machen (vgl. Tilsch, Einfluß der Zivilprozeßgesetze auf das materielle Recht, 1901, S. 66), welche jedoch im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit, wie unten (Abschnitt XIII, Z. 2) des näheren auszuführen ist, keine Anwendung leidet.

Digitized by Google

ohne Unterschied des Rechtsgeschäftes begnügt sich das Gesetz — von den allgemeinen Erfordernissen abgesehen — mit der Beiziehung einer Vertrauensperson des Taubstummen, welche seine Zeichensprache versteht (§§ 60, 72 NO.).

Will ein am Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit Beteiligter sich eines Vertreters bedienen, so stehen ihm zu diesem Behufe nicht nur die für dieses Verfahren gleichmäßig autorisierten Advokaten (§ 8 AO.) und Notare (§ 5 NO.) zur Verfügung, sondern auch gemeine Bevollmächtigte. Doch wäre Winkelschreibern aus dem Gesichtspunkte der Verhütung verbotener Handlungen (JMV. vom 8. Juni 1857, Z. 114, RGBl.; Art. IV, Z. 5 ZPO.) als Vertretern der Zutritt zu verweigern, und im Gegensatze zu § 1016 ABGB. ausnahmslos Volljährigkeit und männliches Geschlecht der Vertreter nach § 29 ZPO. zu fordern, da die Einhaltung gesetzlicher Qualifikation der Bevollmächtigten eine Bedingung gültigen Verhandelns ist und darüber die Bestimmungen der Zivilprozeßordnung entscheiden (§ 2, I, Pat.). Betreffs der nicht Eigenberechtigten entscheidet die Erwägung, daß kaum anzunehmen ist, das Gesetz wolle Personen als Bevollmächtigte zulassen, die für sich nicht selbst, sondern nur durch gesetzliche Vertreter verhandeln könnten. Rücksichtlich der Frauenspersonen ist zu berücksichtigen, daß das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch §§ 91, 1034 dem Gatten die Pflicht zur Vertretung der Ehefrau „in allen Vorfällen" auferlegt und dadurch offenbar zu erkennen gibt, daß Frauenspersonen um so minder in fremden Rechtssachen vor Gericht als Vertreterinnen erscheinen sollen.

Bei Bestellung von Vollmachtsträgern ist Inhalt und Form der Vollmacht nach allgemeinen Vorschriften zu prüfen und zu würdigen. Formalvollmachten, das heißt deren Umfang gesetzlich umschrieben und unabänderlich bestimmt ist (wie bei der Prozeßvollmacht, §§ 31, 32 ZPO.), kennt das Verfahren außer Streitsachen überhaupt und insbesondere bei der Verlassenschaftsabhandlung nicht. Der Wille des Vollmachtgebers entscheidet vielmehr über deren Inhalt und Umfang (§ 1007 ABGB.), insbesondere auch betreffs der Zustellungen bis auf Widerruf, weil § 93 ZPO. nicht gilt. Die Bevollmächtigung zur Verhandlung einer bestimmten Rechtsangelegenheit umfaßt auch die Befugnis zur Ergreifung des entsprechenden Rechtsmittels, sofern eine Beschränkung in diesem Punkte aus der Vollmacht nicht hervorgeht. Denn der Macht-

Digitized by Google

haber hat „alle Mittel anzuwenden, die mit der Natur des Geschäfts notwendig verbunden oder der erklärten Absicht des Machtgebers gemäß sind“ (§ 1009 ABGB.). Es wird aber auch im Gegensatze zur Prozeßvollmacht (§ 31, Z. 1 ZPO.) anzunehmen sein, daß der mit einer allgemeinen Vollmacht ausgestattete Vertreter aus eigener Entschließung von dem bereits erhobenen Rechtsmittel nicht mehr zurücktreten könne, da die Vereitlung der Möglichkeit günstiger Erledigung der Intention des Machtgebers zuwider ist.

Eine Prozeßvollmacht ist für das Gebiet freiwilliger Gerichtsbarkeit kraftlos, wie deren gesetzliche Umgrenzung im § 31 ZPO. klar dartut.

Bevollmächtigung mehrerer ist nach § 1011 ABGB. zu beurteilen und ist somit in der Regel gemeinschaftliches Handeln Aller notwendig, während im Prozesse eine Kollektivbevollmächtigung mehrerer der Unbeschränkbarkeit der Prozeßvollmacht (§ 32 ZPO.) widerstreitet.[17])

Die Prokura ermächtigt zu allen gerichtlichen Handlungen (also auch im außerstrittigen Verfahren), welche der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt (Art. 42 HGB.), insbesondere daher zu Anmeldungen zum Handelsregister, zu Amortisationsgesuchen von Wechseln und kaufmännischen Papieren, zum Ansuchen um Beseitigung geübten Firmamißbrauchs. Nicht aber zur Erbserklärung (§ 1008 ABGB.) oder zu Tabulargesuchen (Art. 275 HGB., § 3 EinfG. zum Handelsgesetzbuch), trotzdem die Prokura jede nach der Landesgesetzgebung erforderliche Spezialvollmacht ersetzt.

Der Prokuraindossatar eines Wechsels ist zur Einleitung des Amortisationsverfahrens als bevollmächtigt zu erachten, weil er zur Einziehung der Wechselsumme, somit auch zur Vornahme aller dazu dienlichen Schritte (§ 1009 ABGB.) ermächtigt ist (Art. 17, 73, III, WO.).

Die Zulässigkeit einer Substitution durch den Vollmachtshaber und die Rechtsfolgen des Todes eines Vollmachtsgebers richten sich nicht nach der für die Prozeßvollmacht (§§ 31, II, 35 ZPO.) geltenden Bestimmung, sondern nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts (§§ 1010, 1022 ABGB.)

---

[17]) Vgl. meine Systematische Einführung in das Studium des Zivilprozeßrechts (böhmisch), 1897, I. Bd., S. 215; ebenso Skedl, Österr. Zivilprozeßrecht, 1900, I. Bd., S. 355. Abweichend in der Begründung: Tilsch, a. a. O., S. 247.

Digitized by Google

Es ist nicht außer Acht zu lassen, daß für einzelne wichtige Erklärungen und Akte des Verfahrens außer Streitsachen Spezialvollmachten vorgeschrieben werden. Insbesondere fordert schon das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch eine solche zur unbedingten Erbserklärung und Erbschaftsausschlagung (§ 1008), das Patent über Verfahren außer Streitsachen zur Abgabe eines eidesstättigen Vermögensbekenntnisses bei unbedingter Erbschaftsannahme (§ 114), die Grundbuchsordnung für Eintragungen gegen den Machtgeber, außer es wäre eine erteilte Generalvollmacht nicht älter als ein Jahr vom Einverleibungsansuchen rückgerechnet (§ 31), endlich die Notariatsordnung zum Begehren um Rückstellung der durch Urkundsübergabe zu notariellem Protokoll errichteten letztwilligen Erklärung und um Abschriftserfolgung einer solchen, in welcher Form immer vor dem Notar errichteten Erklärung für den Erblasser (§§ 74, 96).

Anlangend die Form der Vollmachten ist deren Legalisierung in den letzterwähnten beiden Fällen, in Handelsregistersachen (§ 22 Verordnung vom 9. März 1863, Z. 27, RGBl.), in Einverleibungsfällen (§§ 26, 31 GrdbO.), sonst aber überhaupt unter der Voraussetzung gesetzlich geboten, wenn die Vollmachtsurkunde als nichtöffentliche außer dem Kronlande des Gerichtssitzes errichtet wurde (§ 8 Pat.). Vom Gerichte kann die Unterschriftsbeglaubigung verfügt werden, wenn es sich um „wichtige" außer dem Gerichtsorte ausgestellte Vollmachten handelt (§ 8 Pat.).

Da ein Verhandeln mit einem *falsus procurator* Nichtigkeit des Verfahrens zur Folge hat, sind die Vollmachten von Personen, die nicht im eigenen Namen handeln, genau zu prüfen und nötigen Falls bei den Akten zurückzubehalten (§ 2, Abs. 3 Pat.), was auch bei Aufnahme von Notariatsakten mit Vollmachtshabern gilt (§ 69 NO.).

In Konsequenz dessen sind Geschäftsführer ohne Auftrag zu einer Verhandlung nicht zuzulassen. Die Anordnung des § 38 ZPO. kann nicht analoge Anwendung finden. Vielmehr sind Verhandlungen mit ihnen oder mit Bevollmächtigten unter vorläufiger Verschweigung des Vollmachtsgebers unzulässig; z. B. Vergleichsverhandlungen betreffs zu leistender Alimente, ohne Angabe des Namens des unehelichen Vaters, die dessen Vollmachtshaber bei dem Vormundschaftsgerichte führen wollte. Ausnahmsweise können bei freiwilligen Feilbietungen nach § 180 EO. Anbote *tecto nomine*, aber mit Vorbehalt der öffentlichen Bekanntgabe des Namens des Vollmachtsgebers nach Schluß der Versteigerung zugelassen werden;

Digitized by Google

denn nach § 272 Pat. sind „in Rücksicht der Art der Vornahme der Feilbietung die Bestimmungen der Prozeßordnung", also heute der Exekutionsordnung zu beobachten.

Verschieden von der Bevollmächtigung zu einem gerichtlichen Verfahren, die zur Vornahme aller dasselbe umfassender Akte und zur Abgabe der hiebei vorfallenden Erklärungen mit Wirkung für den zumeist abwesenden Vollmachtsgeber berechtigt, ist die bloße Beistandschaft, die bezweckt, dem selbst an dem Verfahren teilnehmenden anwesenden Beteiligten durch Rechts-, Geschäfts- oder Fachkunde beizuspringen. Es wird nicht in Abrede gestellt werden können, daß im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit eine derartige Beihilfe dritter an Seiten der Beteiligten gestattet sei, z. B. die Anwesenheit von Sachverständigen bei Inventuren, Fideikommißseparationen an Seiten der Erben und Anwärter, um auf die richtige Schätzung der Verlassenschaftsobjekte durch die gerichtlichen Experten u. ä. einen gesetzlich statthaften Einfluß auszuüben. Die Plenissimarentscheidung des Obersten Gerichtshofes in der Sammlung Pfaff-Schey-Krupský, Neue Folge, V. Band, Nr. 1860 setzt die Zuziehung solchen Beirats als zulässig voraus.

Digitized by Google

XIII. Grundsätze des Verfahrens.

Soweit das Verfahren selbst in Betracht gezogen wird, bewirkt der Unterschied im Zwecke, dem jeder der beiden Zweige der Gerichtsbarkeit dienstbar ist, notwendigerweise auch ein Auseinandergehen in den ihre Ausübung beherrschenden Grundsätzen. In der Gestaltung der das Verfahren durchdringenden Grundsätze spiegelt sich das grundlegende Zweckmoment in markanter Weise ab, nämlich daß der Prozeß dem Rechte, um welches die Parteien kämpfen und damit zugleich der Gerechtigkeit zum Siege verhelfen, das Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit jedoch Fürsorge für schutzbedürftige Rechtsinteressen bieten, somit so eingerichtet werden soll, daß die Tätigkeit des Gerichts zur möglichsten Wahrung dieser Interessen gereicht. Nach Bedarf muß Zwangsgewalt als Attribut der Gerichtsbarkeit in ihren beiden Zweigen betätigt werden (§ 1 EO., § 19 Pat.). *Jurisdictio sine modica coercitione nulla est* (fr. 5, § 1, D. I., 21).

Zwittergebilde, wie sie die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, dem Vorbilde des französischen Rechts (art. 492 *code civil)* folgend, in der Verwendung der Formen des Streitverfahrens bei Entmündigungssachen Geisteskranker, Verschwender und Trunksüchtiger (§ 645 ff.) kennt, hat das österreichische Recht aus triftigen Gründen vermieden.

Einer besonderen Hervorhebung bedarf es wohl nicht, daß die nachfolgenden Erörterungen nur Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit ins Auge fassen können, in welchen eine Verhandlung und hieran sich knüpfende Verfügung vorkommt, nicht aber jene, wo es sich um bloße Verifikationen und Solemnisationen handelt.

Im Prozesse als naturgemäß zweiseitigem Verfahren gilt das Prinzip gleichen rechtlichen Gehörs beider Streitteile, im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit das Prinzip allseitigen

Digitized by Google

erschöpfenden Gehörs; dort die, durch ein tief eingreifendes richterliches Prozeßleitungsrecht abgeschwächte Verhandlungsmaxime, hier die uneingeschränkte Ermittlungsmaxime, dort der Grundsatz der Mündlichkeit und damit der Unmittelbarkeit sowie der Öffentlichkeit, hier das Prinzip der Schriftlichkeit, damit auch der Mittelbarkeit und in Konsequenz dessen ein auf die Beteiligten beschränkter Zutritt zur Verhandlung.

Es wird zur Beleuchtung des Wesens der aufgezählten Prinzipien des Verfahrens beitragen, wenn ihre markantesten Abweichungen in beiden Gebieten der Gerichtsbarkeit einander gegenübergestellt werden.

1. Grundsatz des allseitigen erschöpfenden Gehörs.

Im Rechtsstreite handelt es sich um kollidierende rechtliche Interessen; beiden Streitteilen muß sonach die rechtliche Möglichkeit umfassendster Geltendmachung, beziehungsweise Verteidigung des eingenommenen Rechtsstandpunktes wider den Gegner gewahrt werden (§§ 177, 178 ZPO.).

Die Zweiseitigkeit der Streitverhandlung ermöglicht erschöpfendste Beleuchtung des Rechtsfalles. Denn jeder Streitteil sucht die Schwächen der gegnerischen Position zu erspähen und zu enthüllen. In einer ununterbrochenen Kette korrelater Prozeßhandlungen wird durch die Parteientätigkeit auf die Klarstellung der tatsächlichen Urteilsgrundlage (Tatbestand) hingewirkt. Freilich gelingt es manchmal, durch Nebel prozessualer Finten und Ränke die Wahrheit zu verschleiern.

Entziehung der Möglichkeit für eine Partei, vor Gericht zu verhandeln, durch ungesetzlichen Vorgang, ist Beraubung des Mittels zur Erreichung des Zwecks, bewirkt daher Nichtigkeit des hievon berührten Verfahrens (§ 477, Z. 4 ZPO.). Da beide Parteien ein gleiches Anrecht haben, vom Gerichte für sittlich gleichwertig (§ 16 ABGB.) und daher wahrheitsliebend gehalten zu werden, dürfen Behauptungen für die Streitentscheidung erheblicher Tatumstände, die weder auf gesetzliche Vermutungen sich stützen, noch gerichtskundig sind (§§ 269, 270 ZPO.), vom Gerichte nur dann für wahr gehalten werden, wenn sie unbestritten blieben (§ 266 ZPO.) oder trotz gegnerischen Leugnens als wahr erwiesen wurden (§ 277, I, ZPO.). Wider den Beweis und gesetzliche Vermutungen muß ein etwa angebotener Gegenbeweis vorbehalten

Digitized by Google

bleiben (§§ 78, Z. 2, 270 ZPO.) Gegenseitige scharfe Kontrolle beider Parteien betreffs ihrer Behauptungen und Beweise, wechselweise geübte Kritik und Bekämpfung derselben sind Ausflüsse der Zweiseitigkeit des Verfahrens.

In Rechtsangelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit fehlt es an einem Gegner und damit entfällt die Möglichkeit der Einhaltung gleichen rechtlichen Gehörs. Es fehlt an dem lebhaften Wechsel der Behauptung, Bestreitung und Erhärtung entscheidender Tatumstände seitens der Parteien, gleich dem Zug um Zug der Partner im Schachspiele.

Heranziehung aller Beteiligter zu dem ihr rechtliches Interesse berührenden Verfahren, eventuell durch Ediktalzitation, ist daher geboten. Das Gericht muß von allen Teilnehmern an der Sache in umfassendster Weise Aufklärung des Sachverhalts und allenfalls erforderliche rechtliche Erklärungen kraft seiner Amtspflicht verlangen (§ 2, Abs. 4 Pat.).

Vollste Vernehmlassung ist allen Beteiligten zuzugestehen, insbesondere auch durch Gestattung zur Aufklärung dienlicher Fragen an Zeugen und Sachverständige.

Die Folgerungen der Zweiseitigkeit des Prozeßverfahrens, die in der Anführungsverbindlichkeit und Beweispflicht der Parteien gipfeln, gehen hier in der, zwecks allseitigster Stoffsammlung geübten Erhebungspflicht des Richters auf.

Wenn das Gesetz aus Zweckmäßigkeitsrücksichten, insbesondere behufs schleuniger Erledigung der Angelegenheit, Verfügungen unter vorläufigem Ausschlusse des gleichen rechtlichen Gehörs im Streitverfahren oder allseitiger Erörterung bei Angelegenheiten freiwilliger Gerichtsbarkeit zuläßt, muß es gegen die mit Präklusionsfolgen ausgestattete Verfügung eine nachträgliche Geltendmachung begründeten Einspruchs als Minimum einer erschöpfenden Erörterung der Sache vorbehalten. So im Mandatsprozesse durch Zulassung alles Verteidigungsmaterials in den Einwendungen gegen den Zahlungsauftrag (§ 548 ZPO.), der ohne vorgängiges Gehör des Geklagten erfloß; aber auch im Aufforderungsverfahren behufs lastenfreier Grundabtrennung (Gesetz vom 6. Februar 1869, Z. 18, RGBl. § 3), in welchem der Hypothekargläubiger durch Einspruch gegen die zu Arrondierungs- oder Meliorationszwecken angestrebte lastenfreie Abtrennung die allseitige Erörterung der Angelegenheit veranlaßt (§§ 9, 11 zit.). Ähnlicher

Digitized by Google

weise, wie im Mandatsprozesse dem bloß suspendierten gleichen rechtlichen Gehör des Gegners nachträglich volle Geltung verschafft wird, muß im erwähnten Aufforderungsverfahren die vorerst unterbliebene Vernehmlassung aller Beteiligten nachmals uneingeschränkt Raum finden.

2. Ermittlung des Sachverhalts und Leitung des Verfahrens von Amts wegen.

Im Prozesse darf das Gericht nur nach dem, präzise und klar in den Sachanträgen zu Tage tretenden, Willen der Parteien auf Grund des durch ihre Tätigkeit gelieferten Tatsachen- und Beweismaterials ihrem Rechte zur Anerkennung und ihrem Anspruche zur Erfüllung verhelfen (Verhandlungsmaxime.)[1])

Im außerstrittigen Verfahren ist die vom Gesetze gewollte Rechtsfürsorge manchmal auch gegen und häufig über den Willen der Beteiligten hinaus auf Grund des vom Gerichte beschafften Tatbestands zu betätigen.

Ähnlich der in der Dispositionsmaxime sich verkörpernden Macht über das in den Streit geführte Recht, zeigt sich beim Prozeßverfahren in der Verhandlungsmaxime die Macht über den Prozeßstoff.

Den Parteien obliegt die Stoffsammlung, denn sie liefern den Streitstoff; der Behauptungspflicht läuft parallel die Beweislast (§§ 235, IV, 374 ZPO.). Nur im Interesse einer wahrheitsgemäßen Sachverhaltsfeststellung äußert sich nebenher die richterliche Mitwirkung durch ein umfassendes Fragerecht und Beihilfe bei der Beweisbeschaffung (§§ 182, 183 ZPO.). Aus der gleichen Rücksicht vollzieht sich die Beweisführung selbst stets unter

[1]) Höchst instruktiv ist es, zu verfolgen, wie im alten deutschen Rechtsgange das Verhandlungsprinzip zu Gunsten der richterlichen Prozeßleitung Abschwächungen erfährt. Zur Erhärtung dieser Behauptung diene folgendes: Wird der Prozeß der *lex Salica*, welcher der ältesten Entwicklungsstufe naheliegt, mit dem der nordgermanischen Rechte verglichen, so zeigt sich, daß das staatliche Gerichtsverfahren auf weitgehende Anwendung der Verhandlungsmaxime berechnet war. Die Prozeßleitung lag nämlich weniger in der Hand des Richters, der sich auf Verbote und Ahndung dingwidriger Handlungen beschränkte, als in der Hand der den Prozeß betreibenden Partei, die in den verschiedenen Prozeßabschnitten das Recht hatte, den Gegner durch ihr Gebot zu der entsprechenden Handlung zu zwingen. Bei Fortbildung des so gestalteten Gerichtsverfahrens unter dem Einflusse des Volksrechts und der Königsgesetzgebung, sowie der Handhabung der Rechtspflege im Königsgericht hat das Königtum durch Anweisung der Beamten Verbesserungen geschaffen, welche die volksrechtlichen Ein-

Digitized by Google

unmittelbarer Einflußnahme des Gerichts (§ 289, II, ZPO.), auch bei Nichterscheinen beider ordnungsmäßig verständigter Parteien. Untätigkeit der Partei, obwohl Tätigkeit Pflicht war, zieht die Rechtsfolgen nach sich, die sonst nur ein ihr ungünstiges Verhandeln herbeiführt.

Im Verfahren außer Streitsachen obliegt dem Gerichte im weitesten Umfange eine Ermittlungspflicht; ihm ist die Erhebung der maßgebenden Tatumstände unter Anwendung entsprechender Bewahrheitungsmittel anheimgegeben. Nicht selbsttätig treten die Beteiligten hiebei auf, sie werden vielmehr als in erster Reihe aufklärungspflichtige Personen vom Gerichte zugezogen. Untätigkeit der Beteiligten durch bewußte Nichterfüllung der Aufklärungspflicht wird durch richterlichen Zwang gebrochen (§ 87 GOG.).

Im Prozesse herrscht das Selbstbestimmungsrecht und die Selbstverantwortlichkeit der Parteien[2]) betreffs des Streitstoffes, gestützt und gefördert durch die Beihilfspflicht des Gerichts, die sich in der materiellen und formellen Prozeßleitung verkörpert.

Im außerstrittigen Verfahren gilt dagegen amtswegige Feststellung des Sachverhaltes unter Beihilfspflicht der Beteiligten zu dessen Aufklärung und ausschließliche Leitung des ganzen Verfahrens durch das Gericht.

Darin liegt der Kern der Sache. Behufs näherer Ausführung dieser prinzipiellen Charakterisierung ist beizufügen, daß es

I. im Prozesse Sache der Streitteile ist, dem Gerichte alle tatsächlichen Umstände genau zu bezeichnen, auf welche sie sich zur Begründung der eigenen und zur Bekämpfung der gegnerischen Sachanträge berufen, aber auch die Beweismittel anzugeben (§§ 235, IV,

---

richtungen aus der Übung verdrängten. „Während das alte Verhandlungsprinzip den Prozeß als einen sich vor den Augen des Richters abspielenden Privatkampf der Parteien betrachtete, führte der entwickeltere Staatsgedanke zu der Einsicht, daß das gemeine Interesse die Verfolgung auch des dem einzelnen widerfahrenen Unrechts verlange und daher dem Staate die Pflicht obliege, dem Verletzten zu seinem Rechte zu verhelfen.“ Nicht nur die Ladung, die statt durch den vom Kläger vorgenommenen Formalakt (der *mannitio*) nun durch den auf dessen Ansuchen erlassenen richterlichen Befehl (der *bannitio*) erfolgte, auch die Prozeßleitung wurde ganz Sache des Richters. „An die Stelle der rechtsförmlichen Aufforderung der prozeßführenden Partei trat der richterliche Befehl an den Beklagten zur Antwort, an die beweispflichtige Partei zur Führung des Beweises, an die Urteiler zur Fällung des Urteils“ (Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, S. 84, 360).

[2]) Schneider, Richterliche Feststellung des Sachverhalts, S. 24, 28.

Digitized by Google

252 ZPO.), die zur Bewahrheitung der eigenen Anführungen und zur Widerlegung der tatsächlichen Behauptungen des Gegners geeignet sind (§§ 78, 177 ZPO.). Das findige Parteieninteresse wird hier emsig am Werke sein. Im modernen Prozesse, der sich frei hält von starrem Formalismus, ist die Änderung, Erläuterung und Ergänzung von Klagsangaben, — jedoch unter Festhaltung des ursprünglichen Klagegrundes — sowie der in der Klage angebotenen Beweise im weitesten Umfange gestattet (§ 235 ZPO.), sofern sie nicht Verschleppungszwecken dient (§ 179 ZPO.). Es herrscht die größtmögliche Freiheit in der Gestaltung des Streitstoffes im Laufe der Verhandlung. In Konsequenz des Selbstbestimmungsrechtes der Parteien befreit ein gerichtliches Tatsachengeständnis vom Beweise § 266 ZPO.; Widerruf des Parteiengeständnisses unterliegt freier richterlicher Würdigung (§ 266 ZPO.); der sofort erfolgte Widerruf eines vom Prozeßbevollmächtigten abgegebenen Geständnisses durch die von ihm vertretene Partei benimmt diesem an sich alle Kraft § 34 ZPO. Zur Aufklärung des Sachverhaltes steht es jedem Streitteile frei, über erhebliche Tatumstände, aber auch über das Vorhandensein und die Beschaffenheit der zur Prozeßführung dienlichen Urkunden, Auskunftssachen und Augenscheinsgegenstände an die anwesende Gegenpartei oder deren Vertreter geeignete Fragen zu stellen (§ 184 ZPO.). Auch bei der Beweisaufnahme gebührt jeder Partei ein Fragerecht gegenüber Zeugen und Sachverständigen zur Aufklärung und Vervollständigung der Aussage und zur Aufklärung des Streitverhältnisses (§ 289 ZPO.). Nur die Ergebnisse mündlicher Streitverhandlung und Beweisführung hat das Gericht der Urteilsfällung zu Grunde zu legen (§ 414 ZPO.) und mit dem in der Hauptsache gefällten Urteile alle die Streitentscheidung betreffenden Anträge ohne Überschreitung ihrer Grenzen zu erledigen (§ 404 ZPO.), somit ohne dem Sieger etwas zuzusprechen, was er nicht beantragt hatte (§ 405 ZPO.).

Die dem Gerichte zukommende und zugleich obliegende materielle Prozeßleitungsmacht sorgt für die allseitige und gründlichste Erfassung, Vertiefung und Durchdringung des durch betriebsame Parteitätigkeit beigebrachten Prozeßstoffes.

In dieser Hinsicht hat das Gericht die Tragweite und den Gehalt der von den Parteien zur Begründung oder Bekämpfung der Sachanträge aufgestellten Behauptungen und der ab-

Digitized by Google

gegebenen Erklärungen über alles erhebliche tatsächliche Vorbringen des Gegners klarzustellen, und das ihm vom Gesetze eingeräumte Frage- und Aufklärungsrecht als zuverlässiges Mittel zur wahrheitsgemäßen Sachverhaltsfeststellung auf das erschöpfendste zu benützen.

Durch richterliche Fragestellung und „in anderer Weise", d. i. durch Hinweis auf widersprechende Angaben zwecks ihrer Aufklärung wird darauf eingewirkt, daß mangelnde erhebliche Tatumstände nachgetragen, ungenügende Angaben vervollständigt oder dunkle aufgeklärt, Beweismittel bezeichnet, ergänzt und alle Aufschlüsse zur wahrheitsgemäßen Feststellung des Tatbestandes gemacht werden, ohne freilich im geringsten auf die Ergänzung oder Verbesserung der von den Parteien gestellten, die Hauptsache betreffenden Anträge Einfluß zu nehmen § 182 ZPO. (Bekanntlich weicht in dem letzterwähnten Punkte unser Recht von dem deutschen Reichsrechte [§ 139 ZPO.] völlig ab.) Wohl aber darf das Gericht einer Änderung des Klagsantrages durch Erweiterung des Klagebegehrens bei verweigerter Einwilligung des Gegners zustimmen, wenn die sachliche Zuständigkeit des Prozeßgerichtes dadurch nicht berührt wird und hieraus erhebliche Streiterschwerung oder Verzögerung nicht zu besorgen ist (§ 235 ZPO.). Freilich ist eine Klagsänderung im Berufungsverfahren selbst bei Übereinstimmung beider Parteien unzulässig (§ 482 ZPO.). Eine Vereitlung der mit dem Fragerechte bezweckten vollständigen Information des Gerichtes ist insoweit ausgeschlossen, als es dem gewissenhaften Ermessen des Gerichtes überlassen ist, die Erklärung der befragten Partei mit Nichtwissen und Nichterinnern entweder als ein Eingeständnis oder aber als Ablehnung eines solchen anzusehen (§ 267, II ZPO.) und die Verweigerung der Fragenbeantwortung entsprechend zu würdigen (§ 272, II ZPO.). Auf diesen Wegen wird dem Erbübel des ehemaligen schriftlichen Verfahrens erfolgreich begegnet, welches es möglich machte, „durch halbe Erklärungen, Darüberhinschlüpfen und schlaue Verschweigungen einfache und klare Verhältnisse zu verwirren und in eine Art Halbdunkel zu versetzen und durch dickleibige Schriften einfache Sachen in einer Aktenmenge zu vergraben".[3])

[3]) Neue Zivilprozeßgesetzgebung für das Großherzogtum Hessen, 1818 I. Heft, S. 25.

Digitized by Google

So umfassend aber die Befugnisse des die Verhandlung leitenden Richters sind, um alle Mittel vollständiger Aufklärung der erheblichen Tatumstände den Parteianträgen gemäß für die mündliche Streitverhandlung bereit zu stellen, hindert ihn übereinstimmende Parteienerklärung an der von Amts wegen zu treffenden vorbereitenden Verfügung an die Parteien, in ihren Händen befindliche Urkunden, auf welche sich die eine oder andere berufen hat, vorzulegen. Sie hindert ihn aber auch an der Ladung von Personen als Zeugen, von welchen nach der Klage (wohl auch nach der Klagsbeantwortung) oder dem Gange der Verhandlung Aufklärung über erhebliche Tatumstände zu gewärtigen ist (§ 183, II ZPO.). An der durch Harmonie des Parteiwillens gezogenen Schranke der Aufklärung des Streitverhältnisses mit Hilfe bestimmter vorhandener Beweismittel scheitert das Streben des Gerichtes nach wahrheitsgemäßer Sachverhaltsfeststellung.

Jedem Versuche der ordnungsmäßig geladenen Partei, durch Ausbleiben von der angeordneten Verhandlung „eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung“ (§ 496 ZPO.) der Streitangelegenheit zu vereiteln, treten die gesetzlich geregelten Ausbleibensfolgen entgegen. In entsprechender Würdigung des, mit dem Fortschreiten der Streitverhandlung sich ansammelnden Streitstoffes soll das Gericht in Ausbleibensfällen ein der bisher gewonnenen Entscheidungsgrundlage entsprechendes Sachurteil, nicht wie im französischen Prozesse (*code de procéd.* Art. 150) und im deutschen Reichsrechte (§§ 330, 331 ZPO.) ein dem Antrage der erschienenen Partei stattgebendes, aber wieder durch bloßen Einspruch behebbares Versäumnisurteil fällen (§§ 396, 399 ZPO.). Die Ausbleibensfolgen äußern sich, mit Rücksicht auf die vom Gesetze erstrebte möglichste Klarstellung des Streitfalles, in einem der fortschreitenden Verhandlung korrelaten, sonach stufenweise abnehmenden Ausschlusse vom Verhandeln im eigenen Interesse. Je ferner die mündliche Streitverhandlung von ihrem endlichen Abschlusse, um so intensiver ist die Präklusion bisher nicht geltend gemachten Streitstoffes, je näher dem Schlusse, desto geringer die Einbuße des Säumigen (§§ 396, 398, 399 ZPO.). Ein direkter Zwang zum Erscheinen vor Gericht ist im modernen Prozeßverfahren mit Rücksicht auf seinen Zweck ganz unzulässig. Weitab

Digitized by Google

im Dunkel der Vergangenheit ruhen die scharfen Zwangsmittel der *missio in bona* (Einsatz) und der *excommunicatio*.

Als Quellen für die Wahrheitsermittlung bestrittener erheblicher Tatumstände kann das erkennende Gericht ohne Anbietung von Seiten der Parteien nur gerichtlichen Augenschein, Begutachtung durch Sachverständige und eidliche Parteienvernehmung verwenden (§§ 351, 368, 371 ZPO.). Niemals kann es aber seine eigene Kenntnis von den erheblichen Tatumständen, außer sie wären offenkundig, benützen; denn unvereinbar ist die Stellung des Richters mit jener eines Zeugen in der vor ihm verhandelten Rechtssache. Allzu gefährlich wäre dies für die Streitteile. Ohne daß die Partei durch das ihr gegenüber jedem Zeugen zustehende Fragerecht die Verläßlichkeit und Vollständigkeit der Mitteilung kontrollieren könnte, ohne daß der Wissensgrund näher sichergestellt würde, fiele hier die Entscheidung!

Was den nun zu besprechenden Streitverlauf anlangt, bilden die Parteien die Triebkraft, das Gericht den hiedurch in Bewegung gesetzten Apparat, der jedoch, einmal in Schwung gebracht, selbsttätig funktioniert, bis übereinstimmender Parteiwillen ihn durch Ausschalten zeitweilig zur Ruhe bringt oder bis das prozessuale Räderwerk abgelaufen, d. i. das Ziel erschöpfender Streiterörterung erreicht ist. Das Gericht hat bei der mündlichen Streitverhandlung dafür Sorge zu tragen, daß der gesamte Streitstoff ohne Weitläufigkeiten zweckentsprechend zur Entfaltung gelange und soweit tunlich, die Verhandlung ohne Unterbrechung ihren Abschluß finde (§ 180 ZPO.). Damit ist jedoch den Parteien nicht die Macht benommen, ausdrücklich oder auch durch Ausbleiben beider von einer angeordneten mündlichen Streitverhandlung (nicht von bloßer Beweisaufnahme § 289, II ZPO.) stillschweigend das Ruhen des Verfahrens zu vereinbaren (§ 168ff. ZPO.). Nach gefälltem Urteile kann in dem durch Berufung veranlaßten Verfahren zur Überprüfung der angefochtenen Entscheidung das Ausbleiben beider Streitteile von der mündlichen Berufungsverhandlung nicht mehr das Ruhen des Verfahrens bewirken (§ 491).

Bis zur Beweisaufnahme ist der Parteienautonomie bei loyaler Streitführung volle Freiheit in der Entwicklung des Streitstoffes gewahrt, da es sich um dessen möglichst unbeeinflußte Unterbreitung dem Gerichte handelt. Doch ändert sich dies mit dem

Digitized by Google

Herantreten an die Beweisführung, die bei widerstreitenden Parteienbehauptungen der Wahrheitsfindung dienen soll und sich somit von Amts wegen vollzieht (§ 288 ZPO.).

Pflicht des Gerichtes ist es, aus dem Gesichtspunkte formeller Prozeßleitung für ein ungehemmtes Fortschreiten der mündlichen Streitverhandlung und deren zweckentsprechende Gliederung zu sorgen, damit der Prozeßstoff je nach der Besonderheit des Falles äußerlich gestaltet, d. h. zusammengefaßt oder gesondert und geschieden behandelt werde (§§ 187—189 ZPO.). Insoweit beherrscht die mündliche Streitverhandlung das Prinzip richterlichem Ermessen überlassener, arbiträrer Ordnung im Gegensatze zu jenem der vom Gesetze streng vorgezeichneten, legalen Ordnung.

Das Gericht soll aber auch kraft seiner Souveränität allen Versuchen, durch absichtliches Zurückhalten oder verspätetes Vorbringen und Nachschleppen von Prozeßmaterial, ohne Unterschied ob es Tatumstände oder Beweise sind, das Verfahren zu verzögern (§§ 179, 181, 278, II, 275, II ZPO.), durch Präklusion ersterer und verweigerte Zulassung letzterer energisch entgegentreten.

Stets ist die betriebsame Prozeßpartei in ihrem Bemühen, das Verfahren zum Abschlusse zu bringen, bereitwilligst zu unterstützen, mag darin durch Unterbrechung und Ruhen des Verfahrens oder durch Säumnis im Verhandeln oder Beweisen ein Stillstand eingetreten sein (§§ 164, 169, 170, 398, 399, 279 ZPO.). Es hat endlich auch das Gericht die Verhandlung nach eigenem Gutdünken zu schließen, wenn die Streitsache vollständig erörtert und der Entscheidung entgegengereift ist (§ 193 ZPO.). Der Elastizität des Verfahrens entspricht es, daß Versehen in der Prozeßleitung überhaupt von Amts wegen oder infolge einer Parteianregung durch passendere Verfügungen (auch Rücktritt von Beweisbeschlüssen §§ 277, 425 ZPO.) gutgemacht und insbesondere durch Wiedereröffnung der übereilt geschlossenen Streitverhandlung die dem Gerichte erforderlich erschienene Aufklärung oder Ergänzung des Vorgebrachten gegeben oder die Erörterung über die Beweisbedürftigkeit einer Tatsache ermöglicht wird (§ 194 ZPO.). Geschah es nicht, erübrigt der durch eine derartige Unterlassung benachteiligten Partei die seinerzeitige Erhebung der Berufung wegen vom Gerichte verschuldeter, unzureichender Sach-

Digitized by Google

verhaltserhebung und die Beantragung der Urteilsaufhebung und Verfahrensergänzung (§ 496 ZPO.).

Dem Bestreben, eine anhängige oder rechtskräftig entschiedene Streitsache zwischen den ursprünglichen Parteien zu erneuern, kann zwar jede von ihnen „jederzeit", also auch in der Berufungsinstanz, trotz des Ausschlusses aller nicht in erster Instanz vorgebrachter Einreden (§ 482 ZPO.), entgegentreten (§ 240 ZPO.). Es ist aber auch Pflicht des Gerichtes, Streitanhängigkeit und Rechtskraft durch Einstellung des unbefugt erneuerten Verfahrens von Amts wegen zu berücksichtigen (§§ 233, 411 ZPO.; § 149 GeschO.).[4])

Die Verletzung einer das Verfahren, insbesondere die Form einer Prozeßhandlung regelnden Vorschrift, hat die hievon berührte Partei vor Einlassung in eine weitere Verhandlung zu rügen. Es sind dies die sogenannten Verfahrensmängel im Gegensatze zu den Voraussetzungsmängeln (Fitting, Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, XI., S. 1ff.), d. i. Mängeln in Ansehung der Vorbedingungen gültigen Verhandelns. Die erfolglos gebliebene Rüge ist im Verhandlungsprotokolle anzumerken (§ 196 ZPO.). Mit dem Fortschreiten der Verhandlung festigt sich der im Zusammenwirken der Parteien und des Gerichtes aufgeführte Prozeßbau von Stufe zu Stufe. Nach geschlossenem Verfahren kann selbst die Rechtsmittelinstanz nur Verfahrensmängel beachten, die sich als eine durch Parteienverzicht nicht zu heilende Verletzung prozeßrechtlicher Vorschriften darstellen (§§ 196, II, 462 ZPO.), z. B. Verletzung der Mündlichkeit (§ 477, Z. 8 ZPO.).

Alle Voraussetzungen eines gültigen Verfahrens müssen, trotz übereinstimmender Anerkennung ihres Bestehens seitens der Streitteile, von Amts wegen erhoben werden (§ 401 ZPO.; § 86 GeschO.). Ihr Mangel bildet in der Regel einen in der Rechtsmittelinstanz von Amts wegen zu berücksichtigenden Nichtigkeitsgrund (§§ 471, Z. 7, 477, 502 ZPO.).

II. Ganz anders liegen die Verhältnisse fast in allen vorstehend entwickelten Punkten im Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Behufs möglichst wirksamer Entfaltung präventiven Rechtsschutzes hat das Gericht, mag es nun von Amts wegen oder

[4]) Klein, Vorlesungen, S. 275: Über Zulässigkeit des Rekurses gegen berufungsgerichtliche Beschlüsse hierüber.

Digitized by Google

über Ansuchen eines Beteiligten vorgehen, die Verhandlung derart zu leiten, daß der die richterliche Verfügung bedingende Sachverhalt auf das verläßlichste und vollständigste erhoben wird. Die erwähnte Obliegenheit benimmt dem Richter selbstverständlich die Befugnis, eigenberechtigte Personen, die einer verständlichen Äußerung über ihre Rechtsangelegenheit unfähig sind, an einen Bevollmächtigten zu weisen, wie es § 185 ZPO. gestattet. Das Gericht wird vielmehr eine Aufklärung, soweit sie eben zu beschaffen ist, selbst suchen müssen. Je genauer die wirkliche Sachenlage festgestellt wird, um so mehr wird die zu treffende Verfügung allen Rücksichten der Gesetzmäßigkeit und Zweckmäßigkeit entsprechen können.

Der Endzweck gründlichster und zweckentsprechendster endlicher Erledigung wird das Gericht bestimmen, die zuverlässigste Aufklärung des Tatbestandes anzustreben ohne Unterschied, ob ein Beteiligter oder eine Mehrheit solcher am Verfahren teilnimmt. In jenen Angelegenheiten freiwilliger Gerichtsbarkeit, die lediglich Vermögensrechte eigenberechtigter Beteiligter zum Gegenstande haben, insbesondere in Sachen, bei denen nur aus legislativpolitischen Rücksichten der Rechtsweg ausgeschlossen ist, bleibt den Teilnehmern die volle Verfügungsfreiheit vorbehalten und ist somit die Möglichkeit vollständigen oder teilweisen Verzichts auf den geltendgemachten Rechtsanspruch, ingleichen dessen Regelung durch exekutionsfähigen Vergleich (§ 1, Abs. 5 EO.) während des eingeleiteten Verfahrens gewahrt, z. B. bei der Verhandlung über kollidierende Erbrechtstitel, Heiratsgutsausmessung für eine großjährige Tochter, Entschädigung für Einräumung eines Notweges und ähnliches.

Eine Vereinbarung der Teilnehmer an dem Verfahren über den Umfang und die Art der zu pflegenden Erörterungen (d. i. den materiellen Gehalt des Verfahrens), sowie über Fortgang und Abwicklung der Verhandlung (d. i. den formellen Verlauf des Verfahrens) ist ohne alle rechtliche Wirkung. Je mehr im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit neben Rechtsfragen bloße Rücksichten richterlichen Ermessens in den Vordergrund treten, um so freier müssen die Formen der Verhandlung sein, um so mehr muß sich ihr Gang und Verlauf dem einzelnen Falle anpassen.

Die Ermittlung des für die Verfügung maßgebenden Tatbestandes muß stets, auch bei Gerichtshöfen I. Instanz, einem

Digitized by Google

einzigen Richter belassen werden (§ 38 GOG.). Die Mitwirkung eines ganzen Senates würde der einheitlichen, zielbewußten Forschungstätigkeit des mit der Angelegenheit betrauten Mitgliedes der Richterbank Abbruch tun und die Erledigung der Angelegenheit verzögern. Darum bedürfen bei Gerichtshöfen I. Instanz Verfügungen, welche die Eröffnung oder Leitung des Verfahrens und die Vorbereitung der meritorischen Schlußfassung betreffen oder keinen entscheidenden Einfluß auf die Rechte der Beteiligten nehmen und nach dem Gesetze zweifellos sind, keiner Beschlußfassung des Senates (§ 37, Z. 11 GOG.). Vor dem Richter, dem die betreffende Sache nach ihrer Gattung, örtlichen Beziehung oder nach andern Merkmalen zugewiesen ist, finden die Verhandlungen statt. Selbstverständlich entfällt damit jede Teilung der Rechte formeller Leitung des Verfahrens unter Senat und Vorsitzenden, wie sie im Prozesse vor Gerichtshöfen I. Instanz gilt. Der Richter, in dessen Hände die Verhandlung gelegt ist, hat auch die Erledigungen und Verfügungen, für welche nach dem vorausgeschickten das Erfordernis der Senatsberatung nicht besteht, selbständig zu erlassen (§§ 38, 39 GOG.), andere dem Senate zu beantragen.

Zum Zwecke der gebotenen einfachen, sachlichen und raschen Erledigung hat jedes Gericht alle Umstände und Verhältnisse, welche auf die Regelung der Angelegenheit mittels richterlicher Verfügung Einfluß haben, von Amts wegen zu untersuchen. Umstände sind die flüchtigen, sinnlich wahrnehmbaren Erscheinungen der Außenwelt, Verhältnisse dagegen der bleibende Niederschlag derartiger Erscheinungen, mögen sie menschlicher Tätigkeit (Handlungen) oder dem Wirken der Naturkräfte (Zuständen) ihren Ursprung verdanken. Sie sind von Amts wegen zu untersuchen, d. h. es ist im Hinblicke auf die für die Regelung der Angelegenheit maßgebende Rechtsvorschrift ihr Bestand oder Nichtbestand zu ermitteln (§ 2, Abs. 5 Pat.). Die Teilnehmer an dem Verfahren dürfen vom Gerichte darüber nicht in Zweifel gelassen werden, welche Tatumstände für die endliche Verfügung in der Sache maßgebend sind, und es ist über tatsächliche Verhältnisse, welche von den Beteiligten bisher nicht beachtet wurden, die aber entscheidend sind, genaue Aufklärung zu suchen. Zu diesem Behufe ist das allenfalls abgeschlossene Verfahren wieder aufzunehmen.

Digitized by Google

Über Richtung und Umfang der zu pflegenden Erhebungen und die hiebei zur Anwendung gelangenden Mittel entscheidet das Ermessen des Gerichts. Der mit der Sache sich befassende Richter kann beantragte Ermittlungen unterlassen und von den Teilnehmern bezeichnete, dazu dienliche Mittel unbenutzt lassen oder anstatt der vorgeschlagenen Erhebungen andere vornehmen, beziehungsweise andere Beweismittel verwenden, ohne Unterschied, ob das Verfahren von Amts wegen oder zufolge Antrags eingeleitet wurde. Zum Behufe gründlichster „Untersuchung" sind die Beteiligten einzuvernehmen, auch wenn ihnen die rechtliche Fähigkeit abgeht, selbst vor Gericht zu verhandeln (§§ 185, II, 190 Pat.). Es entspricht dem Zwecke, jene Form der Einvernahme zu wählen, welche bei gleicher Verläßlichkeit dem Gerichte und den Beteiligten geringsten Zeitverlust und Kostenaufwand veranlaßt. Außerdem sind andere von der Sache unterrichtete Personen zu befragen, allenfalls Gutachten Sachverständiger einzuholen, alle zur Aufklärung dienlichen Urkunden abzufordern und überhaupt auf andere „schickliche Art" Erkundigungen einzuziehen (§§ 2, Abs. 5, 98, I Pat.). Gesetzliche Vorschriften über die Ordnung und Reihenfolge dieser Einvernahmen bestehen nicht; sie fällt in das arbiträre Ermessen des die Erhebungen pflegenden Richters.

Unschicklich wären Erhebungen, die in ungewöhnlicher, ja geradezu belästigender Weise vorgenommen würden. Es kann daher als eine schickliche Art der Ermittlung die im Strafverfahren (§ 145 StPO.) zulässige Durchsuchung von Papieren nicht erachtet werden; nur bei Nachlaßabhandlungen wäre die Durchforschung jener Behältnisse und Schränke des Erblassers gestattet, worin letztwillige Anordnungen oder andere für die Verlassenschaftsabhandlung wichtige Papiere verwahrt sein können (§ 40, II Pat.).

Da dem Gerichte eine so tief eingreifende Beschaffung von Auskunftssachen versagt ist, müssen ihm jedenfalls zureichende Betreibungsmittel zur Verfügung stehen, um das Erscheinen der vorgeladenen Auskunftspersonen zu bewirken, also auch bei absichtlichem Ausbleiben zu erzwingen. Ordnungsstrafen, deren Verdopplung und in dringenden Fällen zwangsweise Vorführung durch den Gerichtsdiener stehen dem Gerichte diesfalls zu Gebote (§ 87 GOG.).

Schlagend erweist sich in diesem Punkte der Gegensatz zwischen der Verhandlungsmaxime des Streitverfahrens und der Ermittlungs-

Digitized by Google

maxime des nichtstreitigen Verfahrens. Dort genügt es, als Ausbleibensfolge die Entziehung der Möglichkeit weiteren Verhandelns der Partei zur Wahrung ihres eigenen Interesses zu statuieren; hier muß der ausgebliebene Beteiligte zum Erscheinen vor Gericht gezwungen werden, damit er die von Amts wegen stattfindende Erhebung der entscheidenden Umstände nicht durch sein Widerstreben vereitele. Das Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit ist eben nicht ein zweiseitiges Verfahren, wie das zwischen den beiden Parteien eines Rechtsstreites durchzuführende, vielmehr vollzieht es sich von Gerichts wegen als ein allseitiges, zu erschöpfender Erhebung genügendes, nicht ausschließlich im Interesse des säumigen, nicht erschienenen Teilnehmers, sondern auch anderer Personen, nämlich aller an der Sache Beteiligter. Sofern die Vorladung nicht Aufklärung des Sachverhalts, sondern Abgabe rechtlicher Erklärung anstrebte, kann das Präklusionsprinzip in Kraft treten (z. B. bei Nichtabgabe der Erbserklärung, § 120 Pat.) und das Verfahren unter Ausschluß des Säumigen von der ferneren Beteiligung daran seinen Abschluß finden. Nachteilige Rechtswirkungen, die von der erfolgten Verständigung der betreffenden Beteiligten abhängen, können aber nur eintreten, wenn der Nachweis hierüber vorliegt (Zustellungsausweis), § 6 Pat.

Die Einräumung erheblicher Tatumstände oder Verhältnisse seitens der Beteiligten als wahr enthebt das Gericht nicht der Pflicht, sie von Amts wegen zu erheben (§ 2, Abs. 5 Pat. *verba:* „zu untersuchen").

Widerruf eines von einem Bevollmächtigten abgelegten Tatsachengeständnisses durch den anwesenden Vollmachtsgeber sogleich nach dessen Ablegung, hat nicht die selbständige Kraft eines *désaveu*, wie gegenüber einem Prozeßbevollmächtigten (§ 34 ZPO.), ist vielmehr für den Richter nur ein Anlaß zu eingehendster Ermittlung des Sachverhalts.

Wohl zu unterscheiden von dem Widerruf eines Tatsachengeständnisses ist die Zurückziehung einer rechtlichen Erklärung. Eine höchst wichtige Schranke hiefür enthält für das Abhandlungsverfahren die Vorschrift des § 806 ABGB. über die Unzulässigkeit eines Widerrufs der Erbserklärung und der Abänderung einer unbedingten in eine bedingte.

Die Obliegenheit gründlichster Erhebung („untersuchen", § 2, Abs. 5 Pat.) benimmt dem Gerichte die Möglichkeit, mit Präklusion

Digitized by Google

verspätet angebrachter erheblicher Tatsachen oder Beweisquellen vorzugehen. Die Nachschleppung von Berichtigungen, Erläuterungen und Ergänzungen tatsächlicher Angaben und Bezeichnungen neuer Beweismittel wird weit über die in §§ 235, 179 ZPO. der Partei im Prozesse gezogenen Grenzen den Beteiligten an dem Verfahren außer Streitsachen möglich sein. Die Versäumnis von Fristen und Tagsatzungen kann nicht den Ausschluß der binnen oder bei denselben zu gewärtigenden Aufklärungen des Sachverhalts bewirken. Besonderer Hervorhebung bedarf es kaum, daß Versäumung rechtzeitiger Willenserklärung (im Gegensatze zur Aufklärung erheblicher Tatumstände) nur die im Gesetze vorgesehenen, nicht aber etwa in der Ladung willkürlich bestimmte Rechtswirkungen äußern kann. Die Androhung solcher wäre ohne alle rechtliche Bedeutung; so kann z. B. bei Versäumnis einer Erbserklärung nur Ausschluß des Säumigen vom Abhandlungsverfahren, nicht vom Erbrechte selbst Platz greifen (§ 120 Pat.)

Als Ausfluß der Pflicht des Gerichts, sich um eine möglichst verläßliche, allseitige Information in der Sache zu bemühen, obliegt ihm, nicht bloß auf die Ergebnisse der mit allen Teilnehmern an der Angelegenheit gepflogenen Verhandlung zu achten, sondern auch auf, von den Beteiligten nicht angebrachte, aber ihm auf andere Art bekanntgewordene Tatumstände und vorzüglich auf frühere gerichtliche Verhandlungen über dieselbe Angelegenheit Bedacht zu nehmen (§ 2, Abs. 6 Pat.); z. B. bei Vornahme der Inventur einer Erbschaft auf einschlägige Gerichtsakten (§ 98, I Pat.), bei Aufnahme eines Fideikommißinventars im Falle eingetretener Erledigung auf die älteren Inventare (§ 224 Pat.), bei Prüfung von Vormundschafts- und Kuratelsrechnungen, Fideikommißdepurationsausweisen einer jüngeren Periode auf die früheren Rechnungen und Nachweise (§§ 208, Z. 1, 219, 251, I Pat.). Im außerstrittigen Verfahren ist sonach nicht nur Notorietät (§ 2 Abs. 5), sondern viel häufiger bloße Aktenkundigkeit eines rechtserheblichen Tatumstandes maßgebend. Der Notorietät geschieht im § 220 Pat. ausdrückliche Erwähnung, freilich nicht mit Bezug auf die Tätigkeit des Gerichts.

Die gesetzmäßige Fürsorge für alle schutzbedürftigen Rechtsinteressen auferlegt dem Richter die Pflicht, auch darauf bedacht zu sein, daß mangelhafte und unvollständige Anträge verbessert, insbesondere durch Nachtrag von Urkunden ergänzt werden (§ 2,

Digitized by Google

Abs. 8), nicht aber sie wegen fehlender unwesentlicher Förmlichkeiten zum Schaden der Einschreiter zurückzuweisen (§ 2 Abs. 10). Daraus muß gefolgert werden, daß das richterliche Frage- und Aufklärungsrecht im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit auch den von dem Beteiligten gestellten Sachantrag umfaßt, dessen Lücken und Fehler durch entsprechende Anleitung zu beseitigen sind. Freilich darf hiebei nicht übersehen werden, daß nach dem Wesen des Grundbuchs und Handelsregisters in dem bezüglichen Verfahren nur Anträge genügen, denen alle sie begründenden Urkunden in unbedenklicher Urschrift beiliegen (§ 87, Ausnahme § 88 GrdbO.; § 22 Handelsregisterverordnung). Alle einem Antrage entgegenstehenden Bedenken sind in demselben Verfahren zu erörtern und die Beteiligten nicht durch wiederholte Verwerfung des erneuerten Antrags aus Gründen, die gleich ursprünglich günstiger Erledigung im Wege standen, zu beeinträchtigen (§ 2, Abs. 8 Pat.; § 95, III GrdbO.).

In Rücksicht auf die Stärke der im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit herrschenden „Untersuchung" läßt sich als Regel aufstellen, daß in eben dem Verhältnisse, in welchem öffentliche Rücksichten mit ins Spiel kommen, sich die Intensität der vom Gerichte zu pflegenden Erhebungen steigert. Stufenweise erhöht sich, der bei den Erhebungen angewandten Energie entsprechend, ihr Ergebnis und wächst von bloßer Verläßlichkeit bis zu überhaupt erreichbarer Gewißheit hinan, je nach dem Maße der Mitbeteiligung öffentlicher Belange neben der Regelung privatrechtlicher Interessen.

Es gilt der Grundsatz der Wechselbeziehung zwischen der Schärfe der Ermittlungstätigkeit und der Bedeutung der von der Verfügung mitberührten öffentlichen Interessen.

Obgleich dieser Satz nirgends im Gesetze seinen allgemeinen Ausdruck gefunden hat, läßt er sich leicht durch Vergleichung einer Reihe diesfalls maßgebender Vorschriften aus verschiedenen Teilgebieten der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Wege der Rechtsanalogie gewinnen, wie die nachfolgenden Ausführungen ergeben. Da bei der Bemessung eines entsprechenden Heiratsgutes oder einer Ausstattung nur Privatinteressen in Betracht kommen, ist dem Gerichte zwar die Erhebung aller entscheidenden Umstände, aber „ohne strenge Erforschung" des Vermögensstandes des Verpflichteten zur Pflicht gemacht (§§ 1221, 1231 ABGB.). Bei bücher-

Digitized by Google

lichen Eintragungen wird schon das öffentliche Interesse aus dem Gesichtspunkte der *publica fides* mitberührt, weshalb genauer zuzusehen und zu prüfen ist, ob kein gegründetes Bedenken gegen die persönliche Fähigkeit der bei der Eintragung Beteiligten zur Verfügung über den sie betreffenden Gegenstand oder gegen die Befugnis der Bittsteller zum Einschreiten obwaltet, und ob die erforderlichen Urkunden in gesetzlicher Form vorliegen (§ 94, Z. 2, 4 GrdbO.). Viel eingehender muß der Richter bei Nachlaßabhandlungen vorgehen, um den letzten Willen des Erblassers sicherzustellen (§§ 40, 65 Pat.), eingedenk dessen, daß die feste Zuversicht in die Erfüllung letztwilliger Erklärungen den Sparsinn der Erblasser anregt und damit den Wohlstand im Staate fördert, also öffentliche Belange berührt *(publice interest suprema hominum judicia exitum habere;* fr. 5, D. 29, 3). Soll gar die Geschäftsfähigkeit durch Kuratelsverhängung beschränkt werden, so darf zum Schutze gegen Mißbrauch einer so tief einschneidenden Maßregel — abgesehen von der, dem Gerichtshofe erster Instanz vorbehaltenen Bestätigung dieser Verfügung — nicht früher damit vorgegangen werden, als bis „nach genauer Erforschung und Einvernehmung der vom Gerichte verordneten Sachverständigen" Wahn- oder Blödsinn konstatiert oder „nach gepflogener Untersuchung" die Verschwendung „offenbar" ist. Der gewichtigen Nachteile vorschneller Aufhebung derartiger Kuratelen wegen soll auch hiebei gleiche Sorgfalt beobachtet werden (§§ 273, 283 ABGB.). War in diesen Fällen die mitberührte Sicherheit des allgemeinen Rechtsverkehrs die Ursache sorgfältiger Ermittlungen, dann hat sie das Gericht umso eingehender zu pflegen, wenn in dem durchzuführenden Verfahren das Erlöschen der Rechtspersönlichkeit einer bestimmten Person ausgesprochen und daher für das vermögens- und eherechtliche Bereich eine Rechtslage geschaffen werden soll, die sonst nur der Tod als deren physische Endigung zur Folge hat. Bei Todeserklärungen eines mit Hinterlassung eines Gatten Verschollenen wird daher mit gutem Grunde die Erhebung von Umständen verlangt, die an dem Tode des Verschollenen „zu zweifeln keinen Grund übrig lassen" (§ 112 ABGB.; § 9 Ges. vom 16. Februar 1883, RGBl. Nr. 20).

Als Ziel der Forschungstätigkeit des Gerichts ist im allgemeinen die Gültigkeit und Rechtsbeständigkeit der zu treffenden Verfügung zu bezeichnen (§ 2 *princ.* Pat.). Bei

Digitized by Google

Rechtsangelegenheiten, die gesetzliche Schutzbefohlene oder eine gerichtlicher Obsorge unterstehende Vermögensmasse (§ 618 ABGB.) betreffen, muß stets die Sicherung aller in Betracht kommenden rechtlichen Interessen (§ 2 *princ.*, § 19, III Pat.) im Auge behalten und sonach die Angemessenheit und Zuträglichkeit der zu treffenden Verfügung (*evidens utilitas*, §§ 168, 187, 188, 208, Z. 7, 190, 200, 219, II, 266 Pat.), in einzelnen Ausnahmsfällen sogar deren unabweisliche Notwendigkeit (*urgens necessitas*, § 201, II, Pat.; §§ 232, 282 ABGB.; § 3 Ges. vom 18. Juni 1868, RGBl. Nr. 61) erhoben werden.

Bei Minderung des vom Kautionshypothekswerber angegebenen übermäßigen Betrags infolge Widerspruchs des Hypotheksbesitzers handelt es sich um eine arbiträre Verfügung; es hat daher der Richter nach billigem Ermessen den Betrag festzusetzen (§ 14 GrdbO.).

Mit Rücksicht auf die gesetzlich gebotene Erhebung des Sachverhalts von Amts wegen hat der Richter in höherem Maße als im Prozesse auf die Vollständigkeit des Tatbestands bedacht zu sein, allenfalls das bereits abgeschlossene Verfahren wieder aufzunehmen und zu ergänzen, insbesondere auch auf dahin abzweckende Anregungen Beteiligter nach seinem Wohldünken einzugehen (§ 9 Pat.). Bei Versäumnissen in dieser Richtung hat er die Aufhebung der getroffenen Enderledigung wegen unzureichender Tatbestandserhebung vom übergeordneten Gerichte zu gewärtigen, trotzdem mit der ergriffenen Beschwerde nur die Abänderung seiner Verfügung angestrebt wurde. Einer ausdrücklichen Beantragung dieser Maßnahme bei dem Gerichte zweiter Instanz, wie im Prozesse (§ 496 ZPO.; Klein: Vorlesungen, S. 259) bedarf es nicht.

Die formelle Leitung des Verlaufes einer Verhandlung in Sachen freiwilliger Gerichtsbarkeit liegt ausschließlich in der Hand des Richters, ohne daß den Beteiligten — von unverbindlichen Anregungen abgesehen — eine an sich wirksame Einflußnahme auf dessen Gang und Gestaltung vorbehalten wäre. Es gilt ohne Einschränkung das Prinzip arbiträrer Ordnung des ganzen Verfahrens, wenn das Gesetz nicht ausnahmsweise dessen Grundform vorzeichnet, wie bei der Verlaßabhandlung (§ 151 Pat.). In weit umfassenderer Weise, als für das Prozeßverfahren, wird hier in Sachen der Leitung des Verfahrens für den

Digitized by Google

Richter die von Klein (Vorlesungen, S. 66) ausgegebene Losung gelten: „Nicht planlose Einzelakte, sondern vorausblickende Konstruktionen!“

Aus dem Wesen einer geordneten Verhandlung ergibt sich, daß der im einzelnen Falle zu erreichende Zweck des eingeleiteten Verfahrens über dessen Verlauf und Gliederung entscheidet. Das Gefüge des Verfahrens ist ein loseres oder strafferes, je nach dem Endzwecke und der Beteiligung am Verfahren. Freiere Verhandlungsformen finden Anwendung bei Beteiligung eines Einzelnen am Verfahren; strengere bei Beteiligung mehrerer, wo die Rechtsinteressen aller zu wahren sind. Tritt im Verfahren eine größere Anzahl von Personen als Beteiligte auf (z. B. bei Verlaßabhandlungen Verwandte aus verschiedenen Stämmen als gesetzliche Erbsanwärter), so ist durch deren Scheidung nach Interessentengruppen die Verhandlung zu vereinfachen.

Gleichzeitiges Verhandeln mit allen Beteiligten, wie im Prozesse bei mündlicher Streitverhandlung, ist nicht geboten, daher auch aufeinander folgende Einvernahme der einzelnen Interessenten in Abwesenheit der anderen zulässig. Empfehlen wird sich dies in Streitfällen des familienrechtlichen Gebiets, die im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zur Austragung gelangen, um etwa aufregende Gefühlsausbrüche zu vermeiden.

Beseitigung von Zweifeln über die Voraussetzungen eines gültigen Verfahrens wird aller andern Verhandlung vorausgehen. Erhebung und Erörterung der entscheidenden Tatumstände wird sachgemäß ihrer Bewahrheitung vorauszuschicken sein. Zusammengehörige Fragen sind gemeinschaftlich, disparate gesondert, bedingende vor den hievon abhängigen der Aufklärung entgegenzuführen. Für eine richterliche Verfügung bedeutungslose Erhebungen und Erörterungen sind zu vermeiden und wenn beantragt, nicht zuzulassen. Andrerseits ist aber die Klarstellung aufgetauchter Bedenken in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung nicht abzuschneiden, insbesondere sind beachtenswerte Rechtsausführungen nicht auszuschließen.

Allen Teilnehmern am Verfahren ist Gelegenheit zu bieten, sich über die Zulässigkeit und Verläßlichkeit der von einzelnen Beteiligten beigebrachten oder vom Gerichte beschafften Mittel zur Erhärtung der Wahrheit (Beweismittel) rückhaltlos zu äußern.

Digitized by Google

Trotz allseitiger umfassendster Erörterung der Tat- und Rechtsfrage hat aber der die Verhandlung leitende Richter allen Weitläufigkeiten und Verschleppungsversuchen mit voller Energie, strenger als im Prozeßverfahren kraft diskretionärer Gewalt, entgegenzutreten. Denn seine Verantwortlichkeit für die Leitung des Verfahrens ist eine größere, als jene des Prozeßrichters. Aus diesem Grunde muß auch ihm, wie dem letzteren (§§ 425, 277 ZPO.), das Recht zustehen, alle Beschlüsse, die den Verlauf, die Gestaltung und den Ausbau der Verhandlung, aber auch die Verwendung und Ausnützung von Wahrheitsfindungsmitteln betreffen, selbst ohne Anregung seitens der Beteiligten zu widerrufen oder abzuändern.

Für ein Ruhen des Verfahrens zufolge Einverständnisses der Beteiligten und in weiterer Folge ein Liegenbleiben der Sache, wie im Prozesse wegen Unterbleibens der Wiederaufnahme des Verfahrens (§ 170 ZPO.), ist nach dem Vorausgeschickten kein Platz. Vielmehr soll vollste überhaupt erreichbare, jedoch den Zweck nicht schädigende Beschleunigung des Verfahrens herrschen. Insofern das Gericht von Amts wegen auf die Beendigung einer Angelegenheit zu dringen hat (z. B. bei Verlaßabhandlungen, § 149 Pat.), werden den Beteiligten und ihren gesetzlichen Vertretern angemessene Fristen bestimmt, nach deren fruchtlosem Verstreichen gesetzliche Zwangsmittel in Anwendung zu bringen sind (§ 2 Z. 9 Pat.). Insbesondere sind, falls Geld- und Arreststrafen nichts fruchteten, den Säumigen auf ihre Kosten Kuratoren zur Beendigung der Sache zu bestellen (§ 19 Pat.). Fälle dieser Art ergeben sich in Verlassenschaftsabhandlungen; insbesondere sind allenfalls Kuratoren zu bestellen zur Anbringung des Ansuchens um eidliche Abhörung der Zeugen eines mündlichen Privattestaments (§ 66 II Pat.) und zur Erbserklärung für säumige gesetzliche Vertreter der Erben (§ 120 II Pat.), zweifelsohne (§ 19 Pat.) gleichfalls zur Überreichung der Verlassenschaftsausweise (§ 150 Pat.). Nicht minder tritt in Vormundschafts- und Kuratelsangelegenheiten die Betreibung der Säumigen in der oben erwähnten Art ein, behufs fruchtbringender Anlegung von Pupillargeldern und der Rechnungslegung über die Vermögensverwaltung (§§ 193, 207, 213, 219 Pat.). Endlich in Fideikommißsachen bei Nichtbeachtung wiederholter gerichtlicher Aufträge zur Vorlage der Depurationsausweise (§ 247 Pat.).

Eine Unterbrechung der eingeleiteten und im Laufe befindlichen Verhandlung mit Rücksicht auf ein bereits anhängiges

Digitized by Google

verwaltungsbehördliches Verfahren[5]) oder eine bereits eröffnete oder erst zu veranlassende strafgerichtliche Untersuchung behufs Lösung öffentlichrechtlicher oder krimineller Vorfragen ist geradezu geboten, während sie im Prozesse dem Ermessen des erkennenden Gerichts (Senats) anheimgegeben ist (§§ 190, 191 ZPO). Die Rechtfertigung dessen ergibt sich aus folgendem.

Jede kompetenterweise gefällte Entscheidung einer Verwaltungsbehörde ist für das Gericht in gleicher Art bindend, wie ein rechtskräftiges Strafurteil über die Verübung einer strafgerichtlich zu ahndenden Handlung.

Ersteres folgt aus der Erwägung[6]), daß das Postulat gegenseitiger Unabhängigkeit verschiedener Behördensysteme voneinander seine Grenze finden muß, wenn die kompetente Instanz die Vorfrage eines, vor der Behörde anderer Gattung anhängigen Verfahrens als ihre ressortmäßige Hauptfrage bereits entschieden hat, da nur bei der sachlich zuständigen Instanz die größte Garantie für die Richtigkeit und relative Vollkommenheit der Entscheidung zu finden ist.

Betreffs krimineller Vorfragen ist § 268 ZPO. maßgebend, zumal verläßlichere Mittel zur Erhebung der materiellen Wahrheit, als sie der Strafrichter besitzt, im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit nicht zur Hand sind. Der Wortlaut des zitierten Paragraphen im Zusammenhange mit § 530, Z. 5 ZPO. (*verba*: strafgerichtliches Erkenntnis) gestattet zwar nicht, Straferkenntnissen politischer Behörden wegen Wald- oder Wasserfrevel und ähnlichen, gleichfalls eine das Zivilgericht bindende Kraft beizumessen[7]); keineswegs ge-

---

[5]) Einer Unterbrechung der Verlaßabhandlung bedarf es nicht behufs Erwirkung des verwaltungsbehördlichen Ausspruches über die Ersatzpflicht eines rechnungspflichtigen Beamten dem Staate gegenüber; nur ist bis zu deren Entscheidung mit dem Abschluß des Verfahrens zu warten (§ 156 Pat.).

[6]) Vgl. hierüber v. Sarwey, Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege (1880), S. 650 ff.; Prażak, Kompetenzkonflikte (1883, böhmisch), I. Bd., S. 92 ff., endlich die überzeugenden Ausführungen Bernatziks: Rechtsprechung und materielle Rechtskraft (1886), S. 232 und die Anerkennung bindender Kraft der Entscheidung der öffentlichrechtlichen Vorfrage seitens der Verwaltungsbehörde für das Gericht im Verfahren außer Streitsachen im Gesetze, betreffend die Einräumung von Notwegen (§ 9), vom 7. Juli 1896, Z. 140 RGBl.

[7]) Die bindende Wirkung aller Erkenntnisse in Strafsachen für das Gericht in bürgerlichen Rechtssachen ohne Unterschied, ob sie von Strafgerichten oder von Verwaltungsbehörden gefällt wurden, vertritt Bernatzik, a. a. O., S. 244,

Digitized by Google

währt er jedoch einen Anhaltspunkt, letztere nur auf Strafurteile wegen Verbrechen zu beschränken und sie den wegen Vergehen und Übertretungen gefällten Straferkenntnissen abzusprechen.

Zwischenfälle beider vorerwähnter Art ergeben sich hauptsächlich bei Verlaßabhandlungen. Insbesondere kann es bei solchen nach katholischen Geistlichen darauf ankommen, die Entscheidung über die Vorfrage der Armut der, das Armendrittel des Intestatnachlasses ansprechenden Verwandten seitens der politischen Behörden[8]) gemäß dem HfD. vom 23. August 1799, Z. 475 JGS., zu erwirken. Aber auch eine kriminelle Vorfrage kann auftauchen, wenn bei der von Amts wegen erfolgten Einvernahme von Zeugen einer mündlichen letztwilligen Erklärung (§§ 65, 66 Pat.) deren Aussagen sich als offenbar falsch und sonach strafgerichtlich verfolgbar ergaben (§ 199 *a* StG.), in welchem Falle es dem Abhandlungsgerichte obliegt, die Strafanzeige zu erstatten (§ 84 StPO.).

Die Entscheidung öffentlichrechtlicher und krimineller Vorfragen, die dem Prozeßgerichte mit Wirkung für den einzelnen Rechtsstreit zu treffen gestattet wurde (§§ 190, 191 ZPO., *verbum:* „kann"), ist im Verfahren außer Streitsachen völlig ausgeschlossen und ebenso unzulässig, wie etwa ein Ausspruch über die aufgeworfene zivilrechtliche Vorfrage der Ehegültigkeit bei Bestreitung der Erbansprüche einer Witwe an den Nachlaß ihres Gatten, welche Frage selbst bei Bestand eines öffentlichrechtlichen Hindernisses nur über Ansuchen im Eheprozesse entschieden werden kann (HfD. vom 27. Juni 1837, Nr. 208 JGS). In allen erwähnten Fällen würde dem Gerichte, das im außerstrittigen Verfahren über die gedachten Präjudizialfragen entscheiden wollte, das Bedenken im Wege stehen, daß „die Verfügung über Gegenstände der freiwilligen Gerichtsbarkeit von der Erörterung streitiger Rechtsfragen oder von Tatumständen abhängt, die sich nur durch ein förmliches Beweisverfahren ins Klare setzen lassen" und daß es daher „nicht voreilig entscheiden" darf (§ 2, Abs. 7 Pat), vielmehr die Ent-

---

insbesondere betreffs der Polizeistrafsachen, ebendort Note 35. Über das präjudizielle Verhältnis einer Strafsache für eine Zivilsache überhaupt vgl. die instruktiven Ausführungen in der Schrift: Die Behandlung konnexer Zivil- und Strafsachen in der schweizerischen Prozeßgesetzgebung von Dr. Theodor Weiß (Zürich 1893), S. 253—269, 281 ff.

[8]) Hye von Gluneck, Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts, I. Bd., S. 23.

Digitized by Google

scheidung hierüber der Verwaltungsbehörde oder dem Straf-, beziehungsweise Ehegerichte überlassen muß, zumal im letzteren Falle auch der Vertretung der öffentlichen Interessen durch den Ehebandsverteidiger Raum zu geben ist.

Mit Rücksicht auf die oben bezogene Gesetzesstelle muß aber überhaupt in allen Fällen, wenn streitige privatrechtliche Vorfragen mit präjudizieller Wirkung im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit hervorkommen, dieses stets auf so lange unterbrochen werden, bis der anhängig zu machende Prozeß über die streitige Rechtsfrage rechtskräftig entschieden ist. So ergibt sich die Notwendigkeit der Verweisung des Streitpunktes *ad modum et viam processus*, z. B. im Verlaßabhandlungsverfahren bis zur Erledigung des Erbrechtsstreits unter mehreren Erbsprätendenten (§ 127 Pat.), im Separationsverfahren bei Fideikommissen bis zur Austragung des Streites, ob bestimmte Gegenstände als Fideikommißzugehör oder als Früchte der Allodialverlassenschaft zu betrachten sind (§ 224 Pat.), wie etwa Fohlen eines Gestüts; oder im Handelsregisterverfahren bis zur Austragung des Streits zwischen den Kontrahenten über die Veräußerung des Handelsgewerbes, wenn der Verkäufer bestreitet, die Firma mitveräußert zu haben und Einspruch gegen deren Eintragung und Gebrauch erhebt (§§ 12, 39, Z. 1 EG. zum HGB. und Art. 26). Aus dem eben hervorgehobenen Gesichtspunkte ergibt sich als notwendige Folge, daß Erbunwürdigkeits- und Enterbungsgründe stets im Rechtswege erwiesen werden müssen (§§ 540—543, 771 ABGB.).

Gegen Beschlüsse, welche der Anordnung des § 2, Z. 7 Pat. zuwider den Rechtsweg nicht vorbehielten, ist durch Vorstellung oder Rekurs Abhilfe zu suchen (§ 9 Pat.). Zu beachten ist, daß die Zivilprozeßordnung eine Unterbrechung des Streitverfahrens wegen Anhängigkeit einer privatrechtlichen Präjudizialfrage im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit bis zu ihrer rechtskräftigen Austragung nicht vorgesehen hat, somit eine solche nicht statthaft ist[9]), z. B. bei bestrittener Klagslegitimation des Erben einer noch nicht eingeantworteten Erbschaft.

Der Einfluß derjenigen Gründe, die im Prozesse eine Unterbrechung des Verfahrens von selbst zur Folge haben, entzieht sich zumeist einer Würdigung aus diesem Gesichtspunkte im Gebiete

[9]) Klein, Vorlesungen, S. 77.

Digitized by Google

des formellen Rechts, äußert vielmehr seine Bedeutung am Boden des materiellen Rechts. So bewirkt der Tod des überlebenden Erben vor der Erbserklärung Transmission des Erbsanspruchs (§ 537 ABGB.) ohne Unterbrechung des Abhandlungverfahrens, Tod des Fideikommißprätendenten als nächsten Anwärters während des anhängigen Fideikommißzuweisungsverfahrens sein Ausscheiden zu Gunsten des ferneren Anwärters. Der Tod des Mündels und Pflegebefohlenen führt die Beendigung des Vormundschafts- und Pflegschaftsverfahrens, dagegen Tod des gesetzlichen Vertreters keine Unterbrechung herbei, sondern nur Bestellung eines anderen für den Verstorbenen. Auch der Tod des zu Adoptierenden oder die Adoption Anstrebenden vor deren gerichtlicher Genehmigung oder Bestätigung zieht die gänzliche Einstellung des Verfahrens nach sich (HfD. vom 28. Juni 1837, Z. 209 JGS.), während bei der Legitimation durch nachfolgende Ehe der Tod der, mit Hinterlassung von Deszendenten verstorbenen zu legitimierenden Person das bereits anhängige Verfahren nicht berührt[10]) (arg. § 161, „sowie ihre Nachkommenschaft", ABGB.) und bei der Legitimation durch landesfürstliche Begünstigung der Tod des darum ansuchenden Erzeugers nach gestellter Bitte ohne Bedeutung ist, dagegen das Hinscheiden des zu Legitimierenden vor dem Tage der erfolgten landesherrlichen Entschließung die erteilte Begünstigung auch für dessen Deszendenz bedeutungslos macht (§ 265 Pat.). Materiellrechtliche Gründe verursachen die Hinfälligkeit des erbetenen Einschuldungskonsenses durch den Tod des Fideikommißbesitzers auch vor Realisierung der ihm bereits erteilten Bewilligung (§ 234 Pat.); es verliert hier sogar eine formell gültige gerichtliche Verfügung nach Abschluß des Verfahrens durch den Tod des Beteiligten ihre Durchführbarkeit. Um so minder kann ein Onerierungsgesuch nach dem Ableben des Gesuchstellers Gegenstand einer ferneren Verhandlung bleiben; vielmehr ist letztere als gegenstandslos ganz einzustellen.

Konkurs der Verlassenschaft endigt das Abhandlungsverfahren (§ 74 Pat.); Konkurs des Erben oder Verlust seiner Eigenberechti-

[10]) Verschieden davon ist die materiellrechtliche, lebhaft erörterte Streitfrage, ob auch die eheliche Nachkommenschaft unehelicher, bereits verstorbener Kinder durch nachfolgende Ehe ihrer Großeltern legitimiert werden kann, deren bejahender Lösung durch Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, III. Aufl., II. Bd., S. 453, wohl beizupflichten ist.

Digitized by Google

gung bleibt für dessen Verlauf belanglos, ermöglicht aber bedingte Erbserklärung des Massaverwalters, beziehungsweise Kurators des berufenen Erben (§§ 4, 95 KO.). Konkurs des Vormunds oder Kurators, sowie ihre Versetzung unter Kuratel veranlaßt, ohne Unterbrechung des Pflegschaftsverfahrens, nur Bestellung eines anderen geeigneten gesetzlichen Vertreters (§§ 191, 254, 281 ABGB.).

Bei dem Ausschlusse des Advokatenzwangs im nichtstreitigen Verfahren (§ 5 Pat.) entfällt die Erwägung des Einflusses des Todes sowie der Einbuße der Vertretungsbefugnis eines bevollmächtigten Rechtsanwalts auf den Verlauf des außerstrittigen Verfahrens, bei welchem er als Vertreter eines Beteiligten eingeschritten ist. Für Fälle freiwilliger Bevollmächtigung bleiben die Bestimmungen der §§ 1022, 1024 ABGB. und der Advokatenordnung (§ 28, lit. *h*) in Kraft.

Selbstverständlich muß dagegen die Einstellung der Amtstätigkeit des Gerichts anläßlich einer allgemeinen Katastrophe auch das Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit in gleicher Weise, wie jenes des Streitverfahrens berühren, mit einem in der Verschiedenheit ihres Wesens liegenden Unterschiede, daß nämlich nach Wegfall des Hindernisses die Aufnahme des Verfahrens freiwilliger Gerichtsbarkeit von Amts wegen zu erfolgen hat (a contr. § 161 II ZPO.), arg. § 2, Abs. 5 Pat.

Die zufällige unvermeidliche Verhinderung einer Partei am Erscheinen zur gerichtlichen Verhandlung im Sinne des § 162 ZPO. wird, des Fehlens eines Gegners wegen, wohl nicht Unterbrechung des Verfahrens, aber Aufschub der Einvernahme oder Erklärung (z. B. über die Annahme einer Erbschaft, § 118 Pat.) bis zum Wegfalle der Verhinderungsursache zur Folge haben müssen. Denn weit dringender, als im Streitverfahren, ist mit Rücksicht auf die dem Gerichte obliegende „Untersuchung" des Sachverhalts von Amts wegen im außerstrittigen Verfahren die persönliche Teilnahme aller Beteiligten hieran geboten.

Die geführte Verhandlung findet ihren naturgemäßen Abschluß, wenn „alle Umstände und Verhältnisse, welche auf die richterliche Verfügung Einfluß haben" (§ 2, Z. 5 Pat.), erhoben sind oder alle Hoffnung geschwunden ist, dieselben erforschen zu können (z. B. §§ 128, 130 Pat. bei Unbekanntsein der Erben im Abhandlungsverfahren). Dem Zwecke des Verfahrens freiwilliger Gerichtsbarkeit und den Rücksichten möglichst schleuniger und kostenloser Durch-

Digitized by Google

führung desselben entspricht es, in jedem Stadium des Verfahrens vor dessen Abschlusse etwa erforderliche Nachtragserhebungen zu verfügen oder zuzulassen, da sonst die Gefahr obwaltet, daß die zweite Instanz die angefochtene Verfügung wegen nicht-erschöpfender Verhandlung der Sache aufheben könnte, was Verzögerungen in der Erledigung und neue Kosten bewirkt. Der wiederholten Anhängigmachung einer bereits bei einem anderen Gerichte in Verhandlung stehenden nichtstreitigen Angelegenheit kann jeder Beteiligte mit dem Hinweise auf den damit geschaffenen positiven Kompetenzkonflikt entgegentreten, z. B. bei Einleitung zweier Verlaßabhandlungen bei doppeltem Wohnsitze des Erblassers. Dieser findet sein Ende durch den Rücktritt des in derselben Angelegenheit später eingeschrittenen Gerichts von deren weiterer Behandlung oder durch die Entscheidung des, beiden mit der Sache sich befassenden Gerichten zunächst übergeordneten gemeinsamen höheren Gerichts (§ 47 JN.). Der neuerlichen Einleitung des Verfahrens in einer endgültig abgeschlossenen und erledigten Angelegenheit außer Streitsachen wird das Gericht von Amts wegen nicht stattgeben, eventuell den Beteiligten es überlassen, die erforderliche Remedur gegen eine, der geänderten Rechtslage nicht mehr entsprechende endgültige Regelung der Sache im außerstrittigen Verfahren nunmehr im Rechtswege zu suchen, z. B. § 180 Pat.

In der Natur der Sache ist es gegründet, daß dem das Verfahren in oder außer Streitsachen leitenden Richter die gleichen Rechte zur Aufrechterhaltung der Ordnung bei der gerichtlichen Verhandlung zustehen (§§ 197—203 ZPO.; § 85 GOG.). Auch gilt für beide Gebiete das Gebot, den an dem Verfahren Beteiligten nicht durch Zweifelsucht und Ängstlichkeit Schaden zu verursachen (§ 2, Z. 10 Pat.; § 89, I GeschO.).

Es ist endlich eine Amtspflicht der bei Bezirksgerichten in beiden Zweigen der Gerichtsbarkeit tätigen Einzelrichter, sich darum zu bekümmern, daß rechtsunkundige Parteien, beziehungsweise Beteiligte, wenn sie selbst im Verfahren auftreten, nicht an ihren Rechten Abbruch erleiden. Aus dieser Rücksicht wird verfügt, daß ihnen als Parteien eines Rechtsstreites die erforderliche Aufklärung über die Unzulässigkeit oder Haltlosigkeit der Klage (§ 435, II ZPO.), aber auch eine zweckmäßige Anleitung zur Vornahme von Prozeßhandlungen und angemessene Belehrung über die mit ihren Handlungen oder Unter-

Digitized by Google

lassungen verbundenen Rechtsfolgen, insbesondere auch über die Erhebung und Zulässigkeit der Berufung erteilt werde (§§ 432, 447, 452, II ZPO.). In ähnlicher Weise hat der Richter bei Verlaßabhandlungen vor Bezirksgerichten, die zu Erben berufenen, ohne einen Vertreter erscheinenden Beteiligten über die gesetzlichen Folgen einer bedingten oder unbedingten Erbserklärung, nicht minder der unterlassenen Einberufung der Nachlaßgläubiger und über die etwa erforderliche Dartuung des Erbrechtes zu belehren (§§ 116, 122 Pat.).

Außerdem ist bei freiwilligen Feilbietungen unbeweglicher Güter — ohne Rücksicht darauf, ob ein Bezirksgericht oder ein Gerichtshof I. Instanz als Realinstanz einschreitet (§ 117 JN.) — darüber zu wachen, daß die Verkaufsbedingungen bestimmt und deutlich ausgedrückt und keine unerlaubten oder ungültigen Verträge in Vorschlag gebracht werden (§ 277 Pat.), was auch schon aus der allgemeinen Anordnung des § 2, Abs. 10 Pat. folgt, daß das Gericht keine zur Sicherheit der Beteiligten vor Benachteiligung nötige Vorsicht vernachlässigen soll. Aus dieser Rücksicht wird es im § 189 Pat. Bezirksgerichten sogar zur Pflicht gemacht, in den Rechtsgeschäften unerfahrenen Vormündern und Kuratoren (§ 219 Pat.) Schuldscheine und Verträge für ihre Schutzbefohlenen zu entwerfen.

Stets aber hat sich der Richter hiebei vor Augen zu halten, daß seine unbefangene Belehrung sich nicht zu Ratschlägen gestalten darf, die einem Teilnehmer zum Nutzen, anderen zur Beeinträchtigung gereichen, sonst würde er gegen die Pflicht strengster Objektivität und gegen die ausdrückliche Anordnung des § 82 GeschO. verstoßen.

3. Schriftlichkeit und Mittelbarkeit.

Auf zwei Wegen können die Teilnehmer an einem gerichtlichen Verfahren mit dem Gerichte in geistigen Verkehr treten: durch die Schrift oder das mündlich vorgebrachte Wort. Nicht die Form aber, in welcher der Sachverhalt dem entscheidenden Gerichte vorgelegt wird, sondern die rechtliche Bedeutung, die der Schrift oder Rede innewohnt, um eine genaue und erschöpfende Erfassung des gesamten Sachverhaltes dem Gerichte zu vermitteln, ist maßgebend dafür, ob Schriftlichkeit oder Mündlichkeit das Verfahren beherrscht. Im Streitverfahren

Digitized by Google

dienen Schriftsätze und Protokollaranbringen lediglich zur Vorbereitung mündlicher Streitverhandlung (§§ 226, 243, 78, 434, 440 ZPO.) Mit Hilfe dieser Aufzeichnungen ist der das Verfahren leitende Richter und der Gegner über den streitigen Anspruch und dessen, mündlich des näheren zu erörternde Grundlagen orientiert. Die Mündlichkeit der Streitverhandlung[11]) gewährleistet ein möglichst rasches Verfahren, sie liefert Ergebnisse, die lebhafte und unmittelbare Eindrücke zurücklassen, und ermöglicht außerdem eine tunlichst wahrheitsgetreue und sorgfältige Sachverhaltsfeststellung. Damit bietet sie alle Voraussetzungen einer gründlichen Streitentscheidung. Durch mündliche Erörterung werden aber auch neue Gesichtspunkte zur Beurteilung des streitigen Verhältnisses von den Parteien selbst entdeckt und dadurch häufig dem Richter die Handhabe zur Vermittlung zwischen widerstreitenden Anschauungen geliefert. In mündlicher Verhandlung entrollt sich den Parteien ein Ausblick über das Ganze des Streitfalles, wobei Licht und Schatten gleichmäßig verteilt ist. Nicht selten entschließen sich die Streitteile, wenngleich mit einigen Opfern, das ihren beiderseitigen Interessen zusagende Schlußergebnis ohne Zeitverlust und Aufwand durch gegenseitige Übereinkunft unter Aufgeben weiteren Streites zu gewinnen, statt einen unsicheren Erfolg anzustreben in weiterem, aufreibenden Ringen und kostspieligem Kampfe. So wird unter der Herrschaft der Mündlichkeit zunächst der ausgleichenden Gerechtigkeit, aber auch den Anforderungen der Ethik genügt und das Rechtsbewußtsein gestärkt. Der ethische Gewinn zeigt sich insbesondere in der Begleiterscheinung, daß das im Gerichtssaale gefallene scharfe Wort verhallt, mag es auch den Gegner unsanft berührt haben, während die in Satzschriften des alten schriftlichen Prozesses niedergelegte Anzüglichkeit ihren Stachel behielt und Gereiztheit, ja sogar Verbitterung zwischen den Parteien verewigte!

Erwägungen dieser Art veranlaßten die Gesetzgebung zu dem grundsätzlichen Gebote, daß die Verhandlung über den Rechtsstreit vor dem erkennenden Gerichte mündlich erfolgt (§ 176 ZPO.). Ablesen eines mitgebrachten Exposé ist demzufolge unzulässig

[11]) Vgl. über die Vorteile der Mündlichkeit den Bericht der württembergischen Justizkommission in der amtlichen Handausgabe der württembergischen Zivilprozeßordnung, II. Bd., S. 121. Über die verschiedenen Formen ihrer Anwendung vgl. Dr. Franz Klein: Mündlichkeitstypen (1894).

Digitized by Google

(§ 177 ZPO.) und auf schriftliche Aufsätze, welche die ausgebliebene Partei etwa eingesendet hat, ist bei der Verhandlungstagsatzung kein Bedacht zu nehmen (§ 397 ZPO.). Naturgemäß kann auch das Urteil nur von den Richtern gefällt werden, die an der ihm zu Grunde liegenden mündlichen Streitverhandlung teilgenommen, durch allfällige Fragen den Streitstoff begrenzt und aufgeklärt und die Ergebnisse der durchgeführten Beweise in sich aufgenommen haben (§ 412, I ZPO.). Auf Grund des so gewonnenen Sach- und Streitstandes ist das Urteil zu fällen (§ 414 ZPO.).

Das Verhandlungsprotokoll hat als öffentliche Urkunde ein durch Gerichtsorgane geschaffenes, allfälliger Verbesserung oder Ergänzung seitens der Parteien zugängliches Bild des Prozeßverlaufes (§ 209 ZPO.) und des aus dem Vorbringen beider Streitteile sich ergebenden Sachverhaltes, nebst den Ergebnissen der Beweisführung, in gedrängt zusammenfassender Darstellung (Resuméprotokoll) zu bieten. Beschaffung des schriftlich festzuhaltenden durch Bezugnahme auf den Inhalt vorbereitender Schriftsätze (Flickprotokoll) ist nicht ausgeschlossen (§§ 211, 343, 367, 370, 380 ZPO.). Der von Amts wegen zu berücksichtigende Inhalt des Protokolles (§ 217 ZPO.) ist maßgebend für das Berufungsverfahren, weil in erster Instanz nicht vorgekommene Tatumstände und Beweise bei Überprüfung des angefochtenen Urteiles außer Berücksichtigung bleiben (§ 482 ZPO.); er ist aber auch bedeutsam für eine Wiederaufnahmsklage (§§ 530, 531 ZPO.), noch mehr aber für ein Strafverfahren, das mit Rücksicht auf die Ergebnisse der Beweisaufnahme eingeleitet wurde (§§ 191, 530, Z. 1—3, 539, I ZPO.). Surrogate des Verhandlungsprotokolles, soweit es auf Feststellung der Verhandlungsergebnisse ankommt, gewähren im bezirksgerichtlichen Verfahren der Tatbestand eines Beweisbeschlusses, wenn die Verhandlung nicht bei derselben Tagsatzung für geschlossen erklärt wird (§ 444 ZPO.), oder eines nach Durchführung der mündlichen Verhandlung bei einer einzigen Tagsatzung geschöpften Endurteiles (§ 445 ZPO.).

In Konsequenz der Mündlichkeit der Verhandlung ist auch das sie abschließende Urteil in der Regel mündlich zu verkünden (§ 414 ZPO.), ohne daß die Verkündigung von der Anwesenheit der Parteien abhängig ist. Selbstverständlich bedarf es urkundlicher Feststellung des Richterspruches wegen der ihm, zufolge seiner Rechtskraft für alle Zukunft zukommenden rechtlichen Be-

Digitized by Google

deutung. Entsprechend dem, den österreichischen Zivilprozeß durchdringenden Zweckmäßigkeitspostulate wird die Mündlichkeit des Verfahrens nur gefordert für das gleichzeitige kontradiktorische Verhandeln vor dem erkennenden Gerichte, insoweit darauf die Entscheidung über die Sachanträge und über streiteinlassungshindernde Einreden (§ 261 ZPO.) beruht. Sie wurde aber ersetzt durch die bloße Einvernahme der Parteien, die durch mündliche, auch zeitlich auseinander liegende, oder schriftliche Mitteilungen an den Vorsitzenden des Senates, an einen ersuchten oder beauftragten Richter erfolgen kann, wenn die Bedingungen gültiger Verhandlung oder Nebenpunkte mit Rücksicht auf dritte Personen erörtert werden müssen (§ 86 GeschO.) Doch findet im letzterwähnten Falle die Rückkehr zur Mündlichkeit statt, wenn dritten Personen die Teilnahme an der mündlichen Streitverhandlung eröffnet werden soll: als Nebenintervenienten oder Rechtsnachfolgern und erst bestellten gesetzlichen Vertretern der Prozeßpartei nach Unterbrechung des Verfahrens (§§ 18, 157, 158, III, 166, I ZPO.).[12])

[12]) Der Gegensatz zwischen mündlicher Verhandlung und bloßer Einvernehmung äußert sich in mannigfacher Richtung und soll seiner Wichtigkeit wegen hier eingehender, als es im Texte geschehen konnte, dargelegt werden. Zur mündlichen Verhandlung werden die Parteien durch Ladung (in Beschlußform) vorgerufen, deren Zustellung von der, mit der Vornahme beauftragten Person mittels Zustellungsschein zu beurkunden ist (§ 110 ZPO). Gegenstand derselben bildet die Verhandlung über die Sachanträge, über streiteinlassungshindernde Einreden (§ 261) und über den Antrag auf Bestellung einer Sicherheit für die Prozeßkosten (§ 239), endlich über Zwischenanträge, welche die Wiederaufnahme mündlicher Streitverhandlung (§§ 150, 157, 158 III, 166 I) oder den Beitritt Dritter (§ 18) ermöglichen sollen, in mündlicher Erörterung vor dem erkennenden Gerichte (§§ 176, 412). Ausnahmsweise vollzieht sich in mündlicher Verhandlung ein vorbereitendes Verfahren vor einem beauftragten Richter (§ 250, 251). Die mündliche Verhandlung erfolgt bei einer hiefür angeordneten Tagsatzung, (§ 130), öffentlich bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Streitteile in Vorträgen oder durch Fragebeantwortung (§ 177, 182, 184). Ausbleiben einer Partei zieht Versäumnisfolgen nach sich, Ausbleiben beider das Ruhen des Verfahrens (§§ 396, 399, 170). Nur ersteres kann durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gutgemacht (§ 150), bei letzterem das Verfahren nach Ablauf dreier Monate über Ansuchen einer Partei wieder in Gang gebracht werden (§ 169 ZPO). Die Ergebnisse mündlicher Verhandlung werden im Verhandlungsprotokolle niedergelegt (§§ 209, 210, 211), dessen Führung einem beeideten Schriftführer zukommt (§ 213 ZPO., § 15 JN.).

Zu bloßer Einvernehmung sind Parteien und Dritte, an dem Streite nicht beteiligte Personen, formlos vorzurufen, allenfalls durch eine Kor-

Digitized by Google

In Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit gilt die Schriftlichkeit. Das Gericht stützt seine Verfügungen auf den Sachverhalt, der in den bei Gerichtshöfen I. Instanz den Beteiligten abgeforderten schriftlichen Äußerungen (§§ 4, 115, 150, 203, 240 Pat.) und in den, dort und bei Bezirksgerichten über das Ergebnis von Erhebungen gemachten Aufzeichnungen enthalten ist (§§ 4, 116, 151, 152 Pat.; § 38 GOG.). In Vormundschafts- und Kuratelsangelegenheiten sind jedoch bei allen Gerichten I. Instanz die Verhandlungen mit den, zu Gericht vorzurufenden Beteiligten mündlich zu pflegen und deren Ergebnisse

---

respondenzkarte (§ 86 GeschO.). Gegenstand der Erörterung bilden die Bedingungen gültigen Verfahrens, insbesondere die Prozeßfähigkeit und die gerichtliche Ermächtigung zur Prozeßführung (§§ 6, 8, 9 ZPO.), Bedenken gegen die Echtheit der Prozeßvollmacht (§ 30), Aufklärungen über die Entziehung des Armenrechts (§ 72), über die Voraussetzungen eines vorbereitenden Verfahrens (§ 247), über Ansuchen um Fristverlängerung, Tagsatzungserstreckung und allfällige Nebenfragen, bei welchen Dritte beteiligt sind, insofern nicht letzteren die Teilnahme an der mündlichen Verhandlung gewährt werden soll, in welchem Falle auch die Frage ihrer Zulassung neben oder an Stelle der Hauptpartei in mündlicher Verhandlung zu erörtern wäre (§§ 18, 157, 158 III, 166 I). Die Einvernehmung kann ohne gleichzeitige Anwesenheit der übrigen einzuvernehmenden Personen, also auch ohne Anordnung einer Tagsatzung und zu einer anderen als der angesetzten Zeit erfolgen (§ 119 GeschO.), selbst ohne Aufnahme eines Protokolls und Zuziehung eines Schriftführers, durch bloßen Aktenvermerk über das Ergebnis, aber auch durch Abforderung schriftlicher Äußerung, falls die einzuvernehmende Person sich nicht am Gerichtsorte aufhält. Bei mündlicher Einvernehmung ist es nicht erforderlich, jeder der zu befragenden Personen Gelegenheit zu Gegenäußerungen über früher abgegebene Erklärungen zu gewähren (§ 86 GeschO.). Ihrem Wesen nach vollzieht sich die Einvernahme vor dem Senatspräsidenten, vor einem beauftragten (§§ 239, 247 ZPO.), oder ersuchten Richter (§ 473 ZPO., § 86 GeschO.), im Gerichtshofverfahren ohne Advokatenzwang (§ 27 ZPO.). Ausnahmsweise erfolgt sie im Berufungsvorverfahren behufs tatsächlicher Aufklärungen zur Feststellung der Nichtigkeit vor dem Berufungssenate (§ 473 ZPO.). Einvernehmungen sind nicht öffentlich zu pflegen (§ 175). Nichtbefolgung des Auftrages zum Erscheinen behufs einer Einvernehmung veranlaßt niemals Ausbleibensfolgen oder ein Ruhen des Verfahrens, sondern nur die Anwendung von Betreibungsmitteln, deren unerwünschte Wirkung durch eine genügende Entschuldigung unverschuldeten Säumnisses abgewendet werden kann. Mit vollem Rechte wird somit im § 55 EO. hervorgehoben, daß eine vom Gesetze angeordnete Einvernehmung der Parteien oder sonstiger Beteiligter an die, für mündliche Verhandlungen geltenden Vorschriften nicht gebunden ist. Passenderweise wird im § 115 GeschO. bestimmt, daß mündliche Verhandlungen nicht auf dieselben Tageszeiten, wie die Einvernehmungen angeordnet werden sollen.

Digitized by Google

in dem hierüber aufgenommenen Protokolle zu verzeichnen (§§ 185, 219 Pat.). Sicherlich ist diese Anordnung zweckentsprechender, als was Hortens Entwurf eines allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches vorschrieb, nämlich, daß für wichtige Vormundschaften das schriftliche Verfahren, für minder wichtige das mündliche gelten soll (vgl. Harrasowsky, Codex Theres., IV. Bd., S. 114, Note 75).

Im Aufforderungsverfahren behufs lastenfreier Grundabtrennung kann jeder Beteiligte, anstatt zu der Verhandlungstagfahrt über den Einspruch zu erscheinen, seine Äußerung schriftlich einsenden § 11 Ges. vom 6. Februar 1869, Z. 18 RGBl., mag ein Bezirksgericht oder ein Gerichtshof I. Instanz als Grundbuchsbehörde fungieren.

Die Anregung zu gerichtlichem Einschreiten im außerstrittigen Verfahren, sofern es einer solchen bedarf, erfolgt bei Gerichtshöfen I. Instanz mittels einer die Formerfordernisse von Schriftsätzen im Prozesse (§§ 75, 76 ZPO.) ausweisenden Eingabe, von welcher Regel nur in rücksichtswürdigen Fällen abgegangen werden darf (§ 4 Pat.) Für Handelsregistersachen ist die Form protokollarer Anmeldung ausdrücklich zugelassen (§ 21 HdlsReg. Vordg.). Bei Bezirksgerichten genügt ein Protokollaransuchen, auch in Grundbuchssachen (§ 4 Pat.; § 83 GrdbO.). Die Geschäftsordnung für Gerichte (§ 321) gestattet sogar die Aufnahme von Anträgen durch die Gerichtskanzlei bei grundbücherlichen Eintragungen einfacher Art und die Aufnahme von Vormundschaftsrechnungen gleicher Gattung geringen Umfanges, ferner mündlicher Anmeldungen zum Handels- und Genossenschaftsregister, endlich von Erlagsanbringen zum Zwecke depositen- oder waisenämtlicher Erläge und von Erfolglassungsgesuchen.

Ein Anbringen in Telegrammform ist zulässig (§ 89 GOG.), Reproduktion seines Inhaltes durch Eingabe behufs Erfüllung der Stempelpflicht jedoch geboten (Erlaß des Finanzministeriums vom 9. Jänner 1869, Nr. 8 RGBl.). Dagegen kann das Telephon zu Anbringen bei Gericht nicht benützt werden, vielmehr bloß zu Mitteilungen oder Anfragen an die Gerichtskanzlei (§ 100 GeschO.).

Die ängstliche Einhaltung der Formerfordernisse schriftlicher Einschreiten entfällt (§ 2, Abs. 10 Pat.), da es sich hier nicht um Interessen der Rechtssicherheit eines Gegners, wie im Prozesse, handelt, sondern bloß um Sicherung und Förderung des Wohles des am Verfahren Beteiligten. Individualisierung des

Digitized by Google

Einschreiters und des Gerichtes, übersichtliche Darstellung des Sachverhaltes, entsprechendes Begehren und eigenhändige Fertigung (§ 4 Pat. und §§ 75, 76 ZPO.) sind unbedingt zu fordern.

Auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit haben Formvorschriften über die Einrichtung von Eingaben nur insoweit Existenzberechtigung, als sie deren Erledigung seitens des Gerichtes erleichtern und vereinfachen. Über dieses Maß hinaus wirken sie nachteilig, da sie die Benützung von Wohlfahrtseinrichtungen im Bereiche des Privatrechtes minder Gebildeten und wirtschaftlich Schwachen erschweren, ja unzugänglich machen würden. Das Gewicht ist auf die Deutlichkeit und Bestimmtheit des Inhaltes eines Einschreitens zu legen, weil hievon die Beurteilung des Verlangens des Gesuchstellers abhängt, um dessen rechtliche Interessen es sich handelt. Die Zulässigkeit bloßer Protokollaransuchen rechtfertigt die Erwägung, daß bei unbedingtem Festhalten an dem Erfordernisse schriftlicher Gesuche häufig das Gericht intellektuell und ökonomisch Schwachen unerreichbar bliebe, zumal das Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit die Bestellung von Armenvertretern nicht kennt.

Abweichend von der Vorschrift des § 80 ZPO. sind schriftliche Eingaben im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit nur einfach zu überreichen, denn sie bezwecken nur eine Anregung gerichtlicher Tätigkeit, ohne sich wider einen bestimmten Gegner zu kehren. Eine Ausnahme hievon tritt auch dann nicht ein, wenn das in dieser Weise eröffnete Verfahren mit mehreren Beteiligten durchzuführen ist. Im Tabularverfahren sind Rubriken in entsprechender Anzahl beizuschließen, um alle Beteiligten von der gerichtlichen Erledigung verständigen zu können (§ 92 GrdbO.).

Das Verhandlungsprotokoll, das im Streitverfahren durch einen beeidigten Schriftführer (§ 15 JN.) zu führen ist (§ 213 ZPO.), bedarf im nichtstreitigen Verfahren, ähnlich wie bei Verhandlungen im Zuge einer Zwangsvollstreckung (§ 59, II EO.), seiner Mitwirkung nicht. Vielmehr kann das, die Ergebnisse der Verhandlung und Beweiserhebungen zusammenfassende Protokoll durch den die Angelegenheit leitenden Richter selbst aufgenommen werden (§ 38 GOG.). Selbstverständlich obliegt diesem stets die Feststellung des Wortlautes des Protokolles.

Die in dieser Weise über die Ergebnisse einer in Sachen freiwilliger Gerichtsbarkeit gepflogenen Verhandlung erfolgten Be-

Digitized by Google

urkundungen, seien es Feststellungen von Tatsachen oder Erklärungen, sind von den selbständigen Verifikationen und Solemnisationen strenge zu unterscheiden. Bei ersteren handelt es sich um die Festhaltung der Grundlage für die zu treffende Verfügung und deren allfällige Überprüfung in höherer Instanz, also um ein Mittel zur Erreichung des Zweckes, d. i. der Regelung des betreffenden Verhältnisses; bei den letzteren jedoch geradezu um Schaffung einer öffentlichen Urkunde über den in ihr bestätigten Vorgang als Selbstzweck. Offenbar gilt daher die Vorschrift des § 38 GOG. nur von Verhandlungsprotokollen. Die Vorschrift des § 589 ABGB. über die zur Gültigkeit des Solemnitätsaktes erforderliche Beiziehung einer zweiten eidlich verpflichteten Gerichtsperson — neben der das Richteramt im Orte der Testamentsaufnahme ausübenden Amtsperson — bei Aufnahme von Protokollen über gerichtliche Testamente stellt ein Solemnitätserfordernis auf, und ist daher bei der Erlassung der Vorschriften über gerichtliches Verfahren in Streitsachen unberührt geblieben (Art. VII, Z. 1 ZPO.).

Eine grundsätzliche Abweichung von dem, für das Prozeßverfahren infolge der Mündlichkeit geltenden Gebote unveränderter und voller Besetzung der Richterbank während des ganzen mündlichen Streitverfahrens (§ 412 ZPO.) enthält die Bestimmung des § 38 GOG., der zufolge bei Gerichtshöfen I. Instanz Tagsatzungen und sonstige mündliche Verhandlungen in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit bloß vor demjenigen Mitgliede des Senates, dem die Angelegenheit zugewiesen ist (Referent), stattfinden. Auf Grund seiner Berichterstattung erfolgt die Beschlußfassung über die, in der Sache zu treffende endliche Verfügung durch den Senat.

Der Schriftlichkeit des Verfahrens entsprechend erfolgt die Einleitung des Verfahrens und die es abschließende Erledigung stets schriftlich; nur Verfügungen über den Lauf und die Anordnung des Verfahrens sind den anwesenden Beteiligten mündlich zu eröffnen und durch Aktenvermerk festzuhalten.

Anlangend die Einsicht in Gerichtsakten und Abschriftnahme hieraus ist im außerstrittigen Verfahren nach folgenden Gesichtspunkten zu unterscheiden:

1. Jedermann ist unbedingt gestattet, in die gerichtlichen Eintragungen, in öffentliche Bücher und Handels- und Genossenschaftsregister, die der *fides publica* dienen, aber auch in alle die

Digitized by Google

Grundlage solcher Eintragungen bildenden Urkunden Einsicht zu nehmen, sowie Abschriften und Auszüge zu erheben (§ 288 GeschO. und die dort zitierten besonderen Anordnungen);

2. Gerichtsakten, die eine bestimmte Angelegenheit (auch in Grundbuchs- und Registersachen) betreffen — freilich mit Ausnahme der Entwürfe von Verfügungen und der Beratungsprotokolle —, sind sämtlichen, an der Sache Beteiligten behufs Einsicht bei Gericht unter entsprechender Beaufsichtigung und durch Erhebung von Abschriften und Auszügen zugänglich. Anderen Personen mit Zustimmung aller Beteiligten, sonst nur mit Gestattung des Gerichtsvorstandes, insoweit ein rechtliches (nicht aber bloß ein wirtschaftliches) Interesse glaubhaft gemacht wird (§ 288, III GeschO.). Dies gilt auch von Urschriften letztwilliger Erklärungen (§ 68 Pat.).

Aus der Bestimmung des § 2, Abs. 8 Pat., daß das Gericht keine zur Sicherheit der Teilnehmer am Verfahren nötige Vorsicht vernachlässigen darf, ist wohl zu folgern, daß den an der Sache Beteiligten auch in anderer Weise, als durch zu erwirkende Akteneinsicht, die von ihnen erbetenen Auskünfte über den Stand ihrer Angelegenheit bereitwilligst zu erteilen sind. Ist doch nach § 82 GeschO. das erkennbare Interesse der Rechtsuchenden überall nach Kräften zu fördern, wo dies nicht mit der Rücksicht auf eine Gegenpartei unverträglich erscheint, was eben im Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit zutrifft.

Insoweit notarielle Solemnisationen und Verifikationen in Frage kommen, gelten im wesentlichen die gleichen Bestimmungen mit der in der Natur der Sache gelegenen Abweichung, daß Abschriften von notariellen Testamenten zu Lebzeiten des Erblassers nur diesem oder seinem Spezialbevollmächtigten auf Grund beglaubigter Vollmacht erteilt werden dürfen und daß in allen Fällen gegen ungegründete Ablehnung des Antrages von Seiten des Notars die Beschwerde an die Notariatskammer zulässig ist (§§ 95—97 NO.).

Im Prozesse ist die Unmittelbarkeit des Verfahrens die natürliche Folge seiner Mündlichkeit. Von einer Unmittelbarkeit des Verfahrens kann nach dem Vorausgeschickten bei Ausübung freiwilliger Gerichtsbarkeit durch Gerichtshöfe erster Instanz offenbar keine Rede sein; denn die Erhebungen erfolgen bei Gerichtshöfen nur durch ein Mitglied des Senats (Referent) und die schließliche Erledigung geschieht auf Grund eines von ihm

Digitized by Google

erstatteten Referats (§ 38 GOG.). Aber auch im Verfahren vor einem Einzelrichter steht einem Wechsel im Referate während der anhängigen Verhandlung nichts im Wege, weil deren in den Gerichtsakten festgehaltenen Ergebnisse die Grundlage der zu erlassenden Verfügung bilden.

Im Prozeßverfahren wird dagegen die Unmittelbarkeit strenge gewahrt durch die Nötigung, bei einer Änderung in der Zusammensetzung des Senats die mündliche Verhandlung im wesentlichen vom neuen durchzuführen (§ 412, II ZPO.). Eine Ausnahme ergibt sich nur im Berufungsverfahren bei Verweisung der Rechtssache an das zuständige Gericht erster Instanz (§ 476 ZPO.). Die Notwendigkeit abermaliger Verhandlung wird passenderweise vermieden durch Zuziehung von Ersatzrichtern zu der Streitverhandlung, wenn bei einem Gerichtshofe erster Instanz die Frage sachlicher Unzuständigkeit mittels Einrede oder von Amts wegen aufgeworfen wurde und im Falle ihrer Bejahung ein bei demselben Gerichtshofe bestehender Senat anderer Art — sei es ein Zivil- oder Kausalsenat — zur Verhandlung und Entscheidung zuständig wäre (§§ 61 bis 63 JN.).

4. Ausschluß der Öffentlichkeit.

Für die mündliche Streitverhandlung vor dem erkennenden Gerichte fordert das Gesetz die Öffentlichkeit (§ 171 ZPO.). Gewichtige Gründe sprechen hiefür. Im Kampfe der sich bekriegenden Parteien wird damit eine Schranke gegen Überlistung und unredliches Vorgehen des geistig überlegenen oder auch nur schlaueren Gegners aufgerichtet, zugleich für die Würde und Gesetzmäßigkeit der Verhandlung eine Garantie geschaffen und durch den unbehinderten Zutritt erwachsener, an der Sache unbeteiligter Personen in den Gerichtssaal das Rechtsbewußtsein im Volke gestärkt.[13]) Wenn schon im Prozesse die Öffentlichkeit wegen zu befürchtender Erschwerung der Sachverhaltsfeststellung durch Gerichtsbeschluß auszuschließen ist (§ 172, II ZPO.) und für Einvernahmen von Auskunftspersonen aller Art, die außerhalb einer Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte stattfinden, überhaupt wegfällt (§ 175 II ZPO.), so ist es erklärlich, daß die in Sachen freiwilliger

[13]) Vgl. den Entwurf einer Zivilprozeßordnung für das Königreich Bayern, 1861, S. 552.

Digitized by Google

Gerichtsbarkeit zu pflegenden Erhebungen unter Ausschluß der Öffentlichkeit vor sich gehen. Dies ist auch festzuhalten bei Erörterung der im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit zu regelnden streitigen, aber vom Prozeßwege ausgeschlossenen Fragen. Gerechtfertigt ist es durch den Umstand, daß bei Angelegenheiten dieser Art vielfach Familien- und Geschäftsinteressen, denen eben Schutz gewährt werden soll, verletzt würden, wenn intime Familien- oder Vermögensverhältnisse (z. B. letztere bei der Verlassenschaftsinventur, bei Bemessung des Heiratsguts) allgemein bekannt würden. Eine Ausnahme findet sich selbst dann nicht, wenn öffentliche Belange mit ins Spiel kommen, z. B. in Todeserklärungs- und Entmündigungssachen. Damit stimmt auch der Wortlaut des Art. X des Staatsgrundgesetzes über die richterliche Gewalt überein, da er nur für die Verhandlungen „vor dem erkennenden Richter", das heißt im Streitverfahren, die Öffentlichkeit fordert.

Öffentliche Zugänglichkeit der Ergebnisse richterlicher Verfügungsgewalt in Tabular- und Handelsregistersachen ist freilich das Lebenselement dieses Zweiges des Verfahrens freiwilliger Gerichtsbarkeit.

Digitized by Google

XIV. Beweis.

Die grundverschiedene Anlage und Struktur der beiden Gebiete des gerichtlichen Verfahrens äußert naturgemäß rücksichtlich der Art und der Mittel der Bewahrheitung aller für die endliche Erledigung der Rechtsangelegenheit entscheidenden Tatumstände ihren maßgebenden Einfluß. Hingegen ist die Abwägung der erzielten Beweisergebnisse von dem gleichen Grundsatze freier Beweiswürdigung beherrscht.

Unter der Geltung dieses Prinzips entspringt die richterliche Überzeugung von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines entscheidenden Tatumstandes dem alle Zweifel überwältigenden Totaleindrucke, in welchem die einzelnen auf des Richters Überzeugng wirkenden Eindrücke logisch verknüpft sich vereinigen. Der Richter läßt sich von seiner Erfahrung leiten, um die einzelnen Beweiselemente mit Rücksicht auf die Verhältnisse des konkreten Falles nach ihrer Kraft verläßlich abzuschätzen; aber auch von den Regeln der Logik, nach denen er die Beweisgründe zu wirksamen Schlüssen zusammenfaßt. Bei Anwendung freier Beweiswürdigung wird ein sorgfältiges Verfolgen und gewissenhaftes Einschätzen der bei der Beweisvornahme zu Tage tretenden, auf seine Überzeugung einwirkenden Beweiselemente dem Richter die Möglichkeit bieten, jene Gewißheit zu erzielen, die der menschliche Geist bei Erforschung der historischen Wahrheit überhaupt zu erreichen vermag.

Gegenüber der legalen Beweistheorie läßt sich die Art und Weise, wie bei freier Beweiswürdigung die Überzeugung von der Existenz eines erheblichen Tatumstandes entsteht, nicht unpassend mit dem Vorgange vergleichen, der in der äußern Sinnenwelt zur Schaffung einer symmetrischen Form führt. Die Mosaik erzielt sie durch mühevolle Auslese, bedächtige Zusammenstellung und

Digitized by Google

Anordnung zahlreicher, nach Größe und Farbe genau bestimmter Würfelsteine. Bei dem Kaleidoskop tritt durch Wiederspiegelung des Zusammenschießens bunter Scherben mannigfacher Größe in den richtig gestellten Spiegelgläsern bei einer einzigen Umdrehung plötzlich das symmetrische Bild in voller Pracht hervor.

Wie bereits in anderer Verbindung angedeutet wurde, ergibt sich im Prozesse die Beweislast als Folge der durch die Parteistellung bedingten Verhandlungsmaxime. Der Anführungsverbindlichkeit entspricht die Beweispflichtigkeit der vom Gegner gerichtlich als wahr nicht zugestandenen Behauptungen (§§ 78, Z. 2, 235, IV, 177, 344 *verba*: „Partei, welcher der Beweis der streitigen Tatsache obliegt"). Im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit gibt es keine Beweispflicht des Beteiligten für seine Anführungen, vielmehr nur richterliche Erhebungspflicht (§ 2, Abs. 5 Pat.). Mit Rücksicht auf das im Strafprozesse geltende Prinzip der Feststellung materieller Wahrheit muß das rechtskräftige verurteilende Erkenntnis des Strafgerichtes über die Verübung und Zurechnung der strafbaren Handlung auch im außerstrittigen Verfahren bindend bleiben (§ 268 ZPO.), da mit den hier zur Verfügung stehenden Mitteln nicht verläßlichere Erhebungsergebnisse zu erzielen sind.

Leugnen rechtserheblicher Tatumstände begründet im Zivilprozesse die Beweislast des behauptenden Gegners; im nichtstrittigen Verfahren wirkt das gerichtliche Geständnis rechtserheblicher Tatumstände seitens des Beteiligten nicht beweisbefreiend, weil es an einem Gegner mangelt, der solches behauptet hätte.

Mit der Beweislast hängt im Rechtsstreite zusammen einmal die Pflicht zur Beweisanbietung seitens der an der Bewahrheitung ihrer rechtserheblichen Behauptung interessierten Partei, sodann die einer solchen entsprechende, in das wohlerwogene Ermessen des Gerichts gestellte Beweiszulassung (§§ 275, 277 ZPO). Im nichtstreitigen Verfahren ist kein Raum für ein Gebot von Beweisanbietungen, wohl aber für von Amts wegen ergehende Beweisanordnungen als Ausfluß der Ermittlungspflicht des Gerichts (§ 2, Abs. 5 Pat.). Diese dem Gerichte obliegende Pflicht kann weder von Beweisanträgen der Beteiligten abhängig, noch an die von ihnen gezogenen Grenzen gebunden sein.

Wohl vereinbar mit der amtlichen Erhebungspflicht ist aber die allfällige Benützung gestellter Beweisanträge überhaupt, sofern sie dem Ziele allseitiger Aufhellung des Sachverhaltes entgegen-

Digitized by Google

führen; denn das Gericht soll jedes hiezu taugliche „schickliche Mittel“ (§ 2, Abs. 5 Pat.) verwenden. Da den Beteiligten, selbst in Fällen des von Amts wegen eingeleiteten Verfahrens, stets volle Gelegenheit zur Wahrung ihrer Rechtsinteressen gegeben werden muß, darf der das Verfahren leitende Richter den Beteiligten nicht unbedingt entgegentreten, wenn sie irgend welche Beweisanträge stellen oder von anderen Beteiligten gestellte Anträge dieser Art bezüglich der Eignung und Verläßlichkeit des Beweismittels einer Kritik unterwerfen. Nur Irrelevanz und Aussichtslosigkeit angebotener Aufklärungsmittel oder offenbare Verschleppungsabsicht bei Anbieten derselben werden den Richter bestimmen, strenge seiner Amtspflicht zu walten, alle erheblichen Tatumstände zu „erforschen“ unter Zurückweisung untauglicher Mittel und Verzögerungsversuche.

Obwohl im Prozesse Sachfälligkeit die notwendige Rechtsfolge mißlungener Beweisführung über einen für die günstige Entscheidung erheblichen Tatumstand ist, darf das Versagen eines vom Gerichte im außerstrittigen Verfahren benützten Mittels zur Feststellung der maßgebenden Tatumstände auch dann nicht eine dem Beteiligten ungünstige Erledigung im Gefolge haben, wenn es von ihm selbst angeboten wurde, sofern nur noch andere Wege zur Ermittlung des entscheidenden Sachverhalts offenstehen. Der moderne Zivilprozeß hat sich durch die von Amts wegen erfolgende subsidiäre Zulassung eidlicher Parteienvernehmung (§ 371 ZPO.) in diesem Punkte dem Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit grundsätzlich genähert.

Bei Erörterung der, für eine zu erlassende Verfügung maßgebenden faktischen Verhältnisse wird weit eingehender, als bei Anwendung des dem Richter zustehenden prozessualen Frage- und Aufklärungsrechtes (gemäß § 182 ZPO.) vom Gerichte danach geforscht, ob und welche Bewahrheitungsmittel überhaupt vorliegen und auch zu Gebote stehen (§ 2, Z. 5 Pat.). Das Gericht genügt seiner Pflicht durch Benützung aller ihm erreichbarer Mittel sorgfältiger Erhebung der maßgebenden Tatumstände. Sache der Beteiligten ist es, ihnen jene Mittel an die Hand zu geben, von denen es selbst bei aller Umsicht und Sorgfalt Kenntnis zu gewinnen außer Stande war.

Was die zu ermittelnden Tatumstände anlangt, ist nicht zu übersehen, daß nicht selten die gleichen tatsächlichen Umstände im außerstrittigen und im Prozeßverfahren rechtserheblich,

Digitized by Google

somit festzustellen sind, z. B. die Errichtung eines mündlichen Testamentes (§ 65 Pat.) bei der Verlaßabhandlung und im Erbrechtsstreite, die außereheliche Vaterschaft zu einem Kinde im vormundschaftlichen Verfahren und im Paternitätsprozesse. Wenn das Gesetz von Tatumständen Erwähnung macht, „die sich nur durch ein förmliches Beweisverfahren ins Klare setzen lassen", so meint es (§ 2, Z. 7 Pat.) damit — wie aus der Nebeneinanderstellung von streitigen Rechts- und Tatfragen erhellt — solche Tatsachen, deren Erhärtung im Prozeßwege unter Zulassung von Beweiseinreden und Gegenbeweisen erfolgen soll (§§ 78, 251, 263 ZPO.). Es wird dies dann notwendig werden, wenn die Beteiligten in eine Diskrepanz ihrer rechtlichen Interessen und damit tatsächlich in Streit kommen, weshalb durch Verweisung auf den Rechtsweg dem gleichen rechtlichen Gehör Rechnung getragen und eine einseitige Erörterung der Streitpunkte tatsächlichen Charakters im außerstrittigen Verfahren vermieden wird. Darauf verweist auch § 67 Pat., demzufolge es nach eidlicher Abhörung der Zeugen einer mündlichen letztwilligen Erklärung jedem Beteiligten unbenommen bleibt, die Gültigkeit des Zeugnisses durch den Beweis obwaltender, bei der Vernehmung nicht vorgekommener Mängel „im rechtlichen Verfahren zu bestreiten", was wohl nur in der Form einer Testamentsimpugnationsklage (§ 1487 ABGB.) möglich sein wird.

Abweichend von der Stellung des Prozeßgerichtes, das über streitige Tatumstände angebotene zweckdienliche Beweise nach seiner Wahl zuläßt, ist der mit den Erhebungen im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit betraute Richter manchmal kraft Gesetzesbefehl verpflichtet, bestimmte im Gesetze vorgezeichnete Mittel zur Feststellung gewisser tatsächlicher Verhältnisse zu verwenden. Dies gilt von der Erhebung des Umfanges eines bestimmten Vermögens in einem gewissen Zeitpunkte (Inventur) durch gerichtlichen Augenschein (§§ 94, Z. 1—4, 223, 224 Pat.). Ähnlich schließt das Gesetz in Grundbuchs- und Handelsregistersachen bezüglich der Grundlagen der Eintragungen alle Beweismittel mit Ausnahme der öffentlichen und vollbeweisenden Privaturkunden vollends aus. Von diesen Fällen abgesehen, ist der Richter nur verbunden, kein zweckdienliches Mittel unversucht zu lassen, das zum erwünschten Ziele verläßlicher Sicherstellung der rechtserheblichen maßgebenden Tatumstände führen kann.

Digitized by Google

Die Konsequenzen der „Untersuchungs"maxime (§ 2, Z. 5 Pat. „untersuchen") für das Beweisrecht gelten auch bei Regelung der durch positive Vorschriften dem Rechtswege entzogenen privatrechtlichen Verhältnisse, mögen sie familien- oder vermögensrechtliche Fragen betreffen. Nicht zu verhehlen ist, daß der Abgang einer genaueren gesetzlichen Normierung des Beweisrechtes im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit sich empfindlich geltend macht.

Alle Einrichtungen des Beweisrechtes, welche von dem Gegenüberstehen zweier Parteien im Prozesse bedingt sind, als Beweiseinreden und Gegenbeweise, fehlen im außerstrittigen Verfahren. Sache der Beteiligten ist es, das Gericht auf die Mängel und Unverläßlichkeit eines benützten Wahrheitserhebungsmittels und etwa auf andere vertrauenswürdigere Auskunftsmittel aufmerksam zu machen; deren Beachtung steht aber im richterlichen Ermessen. Stellt ein Beteiligter Anträge auf Beweisaufnahmen, um von seinen Aufstellungen abweichende bisherige Erhebungsresultate zu paralysieren, so tritt er keinesfalls in die Rolle eines Gegenbeweisführers gegenüber dem Gerichte, sondern er versucht, die selbständige Forschungstätigkeit des Gerichtes in die richtige Bahn zu leiten.

Anlangend die Beweisaufnahme ist es in die Augen springend, daß sie sich bei Abgang eines Gegners, dessen Anspruch auf gleiches rechtliches Gehör auch hiebei gewahrt werden müßte, weit formloser gestaltet, als im Prozesse.

Die Pflicht amtswegiger Ermittlung der entscheidenden Tatumstände erheischt es, daß, soweit immer nur möglich, der die Verhandlung führende Richter auch die Beweisaufnahme besorgt. Doch wird nach Bedarf die Hilfe eines ersuchten Richters ohne alle Einschränkung in Anspruch genommen werden dürfen, beziehungsweise müssen, z. B. behufs Abhörung der Zeugen eines mündlichen Testamentes (§ 66 Pat.) durch das Gericht ihres Wohnsitzes oder zum Zwecke der Vornahme einer Inventur und damit zugleich der Schätzung von Verlassenschaftsobjekten durch das Gericht *rei sitae* bei Immobilien (§ 117 JN.) und durch das Bezirksgericht, in dessen Sprengel bewegliche Nachlaßgegenstände sich befinden (§ 94 Pat.; § 36 JN.).

Eine Beweisaufnahme durch einen beauftragten Richter (§ 282 ZPO.) bleibt mit Rücksicht auf die Struktur des Ver-

Digitized by Google

fahrens freiwilliger Gerichtsbarkeit bei Gerichtshöfen I. Instanz außer Betracht, da sämtliche Erhebungen von dem mit der betreffenden Angelegenheit sich als Referent befassenden Mitgliede des Senates zu pflegen sind (§ 38 GOG.) und die Beweisaufnahme sich nicht vor dem Senate selbst vollzieht.

Grundsätzlich ist eine Beweisaufnahme zu Zwecken des außerstrittigen Verfahrens im Auslande nicht auszuschließen. Sofern dies aber im Wege des Ersuchens einer ausländischen Behörde erzielt werden soll, ist zu berücksichtigen, daß die in der Haager Konvention vom 14. November 1896 (RGBl. 1899, Z. 85, Art. 5—10) zugesicherte Unterstützung der Tätigkeit inländischer Gerichte in gleicher Weise auch für das außerstrittige Verfahren (*verba* Art. 5 „Prozeßhandlung oder andere gerichtliche Handlung") zur Verfügung steht. Gebricht es hieran, so wird wohl auch in diesem Gebiete der Gerichtsbarkeit die Beschaffung des erforderlichen Beweismateriales in öffentlicher Urkundsform dem Beteiligten zu überlassen sein (anal. § 283 ZPO.).

Die Trennung der Beweisaufnahme von der Verhandlung, die im Prozeßverfahren von dem erkennenden Gerichte aus Rücksichten möglichster Unmittelbarkeit tunlichst zu vermeiden ist (§ 259 ZPO.), verbietet im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit die Pflicht des die Erhebungen pflegenden Richters, das Ziel der Verhandlung mit dem geringsten Aufwande an Zeit und Kosten zu erreichen (§ 2, Z. 9 Pat.).

Schließlich kann die Beweisaufnahme auch als bloße Beweissicherung erfolgen, einmal beim Zeugenbeweise zu Zwecken der Todeserklärung (Ges. vom 16. Februar 1883, Z. 20 RGBl., § 4), sodann beim Beweise durch Augenschein behufs Feststellung der Einlösungssumme im Expropriationsverfahren für öffentliche Eisenbahnen (Ges. vom 18. Februar 1878, Z. 30 RGBl., § 31).

Insoweit eine bloße Glaubhaftmachung in Betracht kommt, gelten in beiden Gebieten der Gerichtsbarkeit die dem Richter einen erheblichen Spielraum einräumenden Anordnungen des § 274 ZPO., welche grundsätzlich jede sofort ausführbare Beweisaufnahme ohne Bindung an deren gesetzliche Form, hiezu für geeignet erklären, aber die Verwendung eidlicher Parteieneinvernahme als eines Bescheinigungsmittels gleichmäßig ausschließen. Hierunter fällt auch die „Ausweisung" des Erbrechtstitels behufs Einräumung der Nachlaßverwaltung im Gegensatze zu dem, zwecks der Einant-

Digitized by Google

wortung erforderlichen Beweise (§ 122 Pat.). Zu jener genügt bei mündlichem Privattestament die uneidliche Einvernahme der Testamentszeugen (§ 123 Pat.).

Die Quellen, aus denen das Gericht in Sachen freiwilliger Gerichtsbarkeit die Überzeugung von dem Bestande oder Nichtbestande entscheidender, bisher nicht feststehender Tatumstände schöpfen kann, sind ohne Einschränkung alle zur vollständigen Aufklärung dienlichen, „schicklichen Mittel" (§§ 2, Abs. 5, 98, I Pat.), insbesondere die im wesentlichen für beide Verfahrensbereiche gleichen, nämlich: Mitteilungen von Auskunftspersonen, einschließlich der, etwa erforderliche Auskünfte erteilenden Behörden und Anstalten, zumal auch von Sachverständigen, und Auskunftssachen, vornehmlich Urkunden, inbegriffen Amtsschriften, endlich richterlicher Augenschein.

Allgemeine Vorschriften über besondere Erfordernisse oder Mängel der Beweismittel (Qualifikation und Disqualifikation) enthält das Gesetz, von Urkunden abgesehen, nicht.

Das erfahrungsmäßig unverläßlichste Wahrheitsfindungsmittel, welches die Prozeßreform in Österreich mit vollster Berechtigung über Bord geworfen hat, der Beweiseid[1]), findet sich nicht im Rahmen der Ermittlungsarten erheblicher Umstände im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit. Nicht einmal zu einer Auferlegung des Offenbarungseides im Nachlaßverfahren behufs Feststellung des Umfanges der Verlassenschaft aus privatrechtlichen Rücksichten kann es kommen[2]); vielmehr erübrigt nur die Klage auf Leistung dieses Eides gemäß Art. XLII ZPO. bei der Personalinstanz des hiezu Verpflichteten, nicht bei dem in Verlassenschaftsangelegenheiten zuständigen Gerichte, § 77 JN., weil ein Anspruch auf oder

[1]) Über die Gründe hiefür und über die Gestaltung des für den Parteieneid geschaffenen Ersatzes vgl. meine Schrift: Richterliches Fragerecht und eidliche Parteienvernehmung, 1894.

[2]) Das Bestreben der Permanenzkommission des Abgeordnetenhauses (Bericht derselben, Z. 1132, der Beilage zu den stenographischen Protokollen des Abgeordnetenhauses, Session XI, S. 15) durch die Textierung des Art. XLII ZPO., den Manifestationseid auszuschließen, „wo etwa fiskalische oder steuerpolitische Gesichtspunkte die Ermittlung des Vermögens erheischen," ist in der Folgezeit gekreuzt worden, da zu Zwecken der Bemessung der Übertragungsgebühr von Verlassenschaften nunmehr laut § 12 des Ges. vom 18. Juni 1901, Z. 74 RGBl., mit Zustimmung des Finanzministers der Antrag auf Ablegung des Offenbarungseides von der Finanzbehörde gestellt werden kann.

Digitized by Google

gegen die Verlassenschaft nicht in Frage steht. (Anders: Spruchrepertorium Nr. 150 und Sammlung Pfaff-Schey-Krupský, Neue Folge, I. Bd. Nr. 285.)

Die Einvernahme des Beteiligten (§§ 2, Abs. 5, 98, 129, 185, II, 190 Pat. usw.) wird sich als die nächste Quelle erschöpfendster Information empfehlen; auf diesem Wege werden die verläßlichsten Aufklärungen leicht und kostenlos beschafft und sachlich verfehlte Verfügungen verhütet. Es wird sich die von Klein (Vorlesungen S. 148) so trefflich charakterisierte „Wahrheit schaffende Kraft des persönlichen Verkehrs mit den Parteien" hiebei auf das schlagendste bewähren.

Ob bei nicht eigenberechtigten Beteiligten die Befragung dieser selbst, ihrer gesetzlichen Vertreter oder beider zu wählen ist, hängt von der Sachlage und vom richterlichen Ermessen ab. Die Abhörung wird vor der Abforderung einer schriftlichen Äußerung den Vorzug verdienen, weil die Mehrzahl der Menschen sich leichter und zutreffender in mündlicher Rede, als schriftlich auszudrücken vermag, abgesehen hievon etwa erforderliche nähere Aufklärung und die Aufdeckung von offenbaren Verschweigungen nur bei mündlicher Vernehmung möglich ist. Die im Prozeßverfahren streng auseinander zu haltende Einvernahme der Parteien zu Informations- und zu Beweiszwecken (§§ 182, 371 ZPO.) hat im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit keinen Boden, vielmehr fließen hier beide in eines zusammen.

Häufig wird die Einvernahme von Haupt- und Nebenbeteiligten erforderlich sein behufs allseitiger Aufhellung des maßgebenden Sachverhalts, wozu passenderweise die Anordnung einer Tagsatzung unter Vorladung aller Einzuvernehmenden dient, z. B. Erbeneinvernahme bei kollidierenden Erbserklärungen (§ 125 Pat.), Einvernahme der Fideikommißanwärter (§ 229 Pat.), Gläubigereinvernahme im Konvokationsverfahren (§ 136 Pat.).

Eidliche Einvernahme fehlt im Gebiete des Verfahrens außer Streitsachen, weil sie — mangels eines Gegners — der, im Prozesse durch die vorausgehende uneidliche Abhörung beider Parteien dargebotenen Kontrolle entbehrt. Uneidliche Einvernahme der Beteiligten ist aber hier das erste und hauptsächlichste Mittel zur Ermittlung der Wahrheit (§ 2, Abs. 5 Pat. *verba:* „die Parteien selbst und andere Personen vernehmen"), während die Parteien-

Digitized by Google

vernehmung im Prozesse das letzte Auskunftsmittel zur Beschaffung richterlicher Überzeugung bleibt (§ 371 ZPO.). Lediglich im Todeserklärungsverfahren kann das Gericht sogar dazu greifen, „die Partei, welche das Ansuchen um Todeserklärung gestellt hat, erforderlichen Falles auch eidlich einzuvernehmen" (§ 3 Ges. vom 16. Februar 1883, Z. 20, RGBl.). — Die Bekräftigung des schriftlichen Vermögensbekenntnisses im Verlassenschaftsverfahren (§ 114 Pat.) durch den Beisatz „an Eides statt" neben der Fertigung ist selbstverständlich kein Surrogat des Eides.

Neben den Beteiligten sind gesetzlicher Weisung gemäß „andere von der Sache unterrichtete Personen" § 2, Abs. 5 Pat. als Auskunftspersonen zu hören. In erster Reihe kommt es hier auf Zeugen an, als deren besonderer Abart der Gedenkmänner (bei Feststellung der Grenzen, § 852 ABGB.) zu erwähnen ist, nämlich Zeugen dafür, daß das Bestehen eines bestimmten, rechtlich bedeutsamen Zustandes über Menschengedenken hinausliegt. Dem im § 2, Abs. 5 Pat. anerkannten Einvernahmsrechte entspricht eine der allgemeinen Zeugnispflicht im Prozesse gleichkommende erzwingbare Auskunftspflicht. Die für den Zeugenbeweis der Zivilprozeßordnung statuierten Ausschließungsgründe (§ 320) gelten nach der Natur der Sache auch im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit. Die Zeugnißablehnungsgründe der Zivilprozeßordnung (§ 321) sollen verhüten, daß der Zeuge im Kampfe zwischen gesetzlich gebotener Wahrheitspflicht und gewichtigen ethischen oder materiellen Interessen etwa unterliege und strafgerichtlicher Ahndung (§ 199 a StG.) verfalle, da das Strafgesetz die selbst unbeeidete falsche Zeugenaussage „vor Gericht" ohne Unterscheidung des Verfahrens, in dem sie abgelegt wurde, mit Strafe bedroht. Sie müssen daher auch im Verfahren außer Streitsachen Anwendung finden. Jedoch wird die Besorgnis eines unmittelbaren vermögensrechtlichen Nachteils auch im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit mit Rücksicht auf den Charakter der hier zu pflegenden amtswegigen Erhebungen nicht genügen, um den Zeugen von der Auskunftspflicht bei Rechtsangelegenheiten zu entheben, die durch das Ehe- oder Familienverhältnis bedingt sind, z. B. Heiratsgutsbemessung (analog § 322 ZPO.), sowie über Sterbefälle (§ 40 Pat.) und Errichtung und Inhalt von letztwilligen Erklärungen, bei welchen der Zeuge als Urkundsperson zugezogen war (§ 65 Pat.). „Angehörige", das heißt Verwandte und Verschwägerte, außerdem Hausgenossen

Digitized by Google

werden nicht selten unentbehrliche Auskunftspersonen sein (§§ 40, 98, I Pat.).

Neben der als Regel festzuhaltenden **mündlichen Abhörung** ist Einholung **schriftlicher Auskünfte** nicht ausgeschlossen, ja sogar von Behörden, z. B. Katastralbehörden über Steuerwert von Verlassenschaftsrealitäten (§ 102 Pat.), oder von Anstalten, z. B. Kreditinstituten über erblasserische Depots nur auf diesem Wege möglich.[8])

Nicht minder wichtig als die Frage, in welchem Umfange und in welcher Weise der Auskunftspflicht genügt werden muß, ist die Frage, welche **rechtlichen Sicherungsmittel für die Wahrheit der Aussage** zu Gebote stehen.

Die im § 337 ZPO. für den Prozeß regelmäßig geforderte **Zeugenbeeidigung** gilt im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit nicht unbedingt. Im Gegenteile ist in einzelnen Fällen geradezu unbeeidete Einvernahme geboten (so behufs Sicherstellung des Inhalts eines mündlichen Privattestaments, § 65 Pat.), in anderen vorausgesetzt (bei Todesfallaufnahmen und Inventuren, §§ 40, 98, I Pat. und bei Legalisierungen der Unterschrift bezüglich der Identitätszeugen, § 285 Pat.), im allgemeinen richterlichem Ermessen überlassen.

Häufig wäre unbedingte Eidespflicht bei Ängstlichkeit und Skrupulosität des Einvernommenen der Erforschung der wahren Sachlage abträglich. Andrerseits wird sich bei Bedenken über die Zuverlässigkeit uneidlicher Aussage oder bei besonders wichtigen, auf Grund der Zeugenaussagen zu treffenden Verfügungen (z. B. Todeserklärung, Erbschaftseinantwortung, § 66 a contr., §§ 123, 149 Pat.) die Beeidigung empfehlen, beziehungsweise von den Beteiligten beantragt werden können.

Selbstverständlich ist der **Wissensgrund** des Zeugen stets zu erheben (§ 340 ZPO.); auch kann durch **Gegenüberstellung** der Zeugen die Aufklärung widersprechender Aussagen (§ 339, IV ZPO.) versucht werden, zumal diese dem Charakter amtlich gepflogener Erhebung entspricht.

---

[8]) Die Verpflichtung der Sparkassen, dem Ersuchen der Verlaßabhandlungsbehörde um Auskunft über allfällige Einlagen des Erblassers zu genügen, anerkennt die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes Nr. 15.029 der Sammlung Pfaff-Schey-Krupský.

Digitized by Google

Eigentümlich ist dem Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit die Einvernahme von Auskunftspersonen, die sich nicht als Zeugen über von ihnen durch das Gesicht erfaßte Vorgänge oder durch das Gehör zur Kenntnis gekommene Erklärungen äußern sollen, sondern als Berater des Gerichts über die Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit einer zu treffenden Verfügung ihre Meinung abzugeben haben, z. B. die nächsten Verwandten eines Mündels oder Pflegebefohlenen über Anträge seines gesetzlichen Vertreters (§§ 185, 219 Pat.), die Fideikommißanwärter bei wichtigeren Angelegenheiten (§ 229 Pat.).

Was die Verwendung von Sachverständigen anlangt, ist durch den Hinweis auf diese Beweisquelle im § 2, Abs. 5 Pat. gewiß deutlich hervorgehoben, daß die Gerichte sich nur des Beirates solcher Persönlichkeiten zu bedienen haben, welche die im § 353 ZPO. hervorgehobene fachmännische Qualifikation besitzen. Wie dermal im Zivilprozesse (§§ 351, 352) die Zahl der beizuziehenden Sachverständigen richterlicher Entschließung vorbehalten ist, wird auch in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit das gleiche gelten, zumal schon § 103 Pat. betreffs der Schätzleute bei Verlassenschaftsinventuren und § 209 rücksichtlich der Rechnungsverständigen bei Prüfung von Vormundschafts- und Kuratelsrechnungen dem Ermessen des Gerichtes einen gewissen Spielraum eröffneten und § 238 Pat. hinsichtlich der Berufung von Sachverständigen zur Schätzung eines einzuschuldenden Fideikommisses geradezu „die für Streitsachen erteilten Vorschriften“ für maßgebend erklärte, endlich die Erhebung einer Gefährdung der Fideikommißsubstanz (§ 254 Pat.) durch Sachverständige oder „andere in der Prozeßordnung gegründete Beweise“ auf gleiche Stufe gestellt wird. Die Qualifikation und Zahl der Sachverständigen bei Erhebung der Entschädigungssumme in Fällen der Expropriation zu Eisenbahnzwecken ist jedoch gesetzlich festgestellt (§ 24 Ges. vom 18. Februar 1878, Z. 30 RGBl.).

Die im Zivilprozesse (§ 360) ausnahmsweise zulässige Schriftlichkeit des Gutachtens wird im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit die Regel bilden; bei Schätzungen (§§ 103, 238, 196 Pat.) ergibt sich dies aus deren Wesen, ist aber auch sonst hervorgehoben, z. B. im § 197 Pat. bei Gutachten über den Bauzustand der für ein Pupillardarlehen zu bestellenden Hypothek. Aus

Digitized by Google

der Ermittlungspflicht des Gerichtes folgt, daß Dunkelheiten des Gutachtens von Amts wegen aufgeklärt und Lücken ebenso ergänzt werden müssen. Die Zuziehung aller Interessenten zur Vornahme des Sachverständigenbeweises ist im Gesetze dem Richter wiederholt zur Pflicht gemacht (§§ 95, 196, 238, 274 Pat.) und ihnen das Aufklärungsrecht vorbehalten (§ 238 Pat.). Die Realschätzordnung ist bei Schätzungen im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit nicht zur Anwendung zu bringen (Verordnung des Justizministeriums vom 25. Juli 1897, Z. 175 RGBl., § 33), womit die Anordnung des § 272 Pat. über freiwillige Schätzungen teilweise modifiziert erscheint.

Die Leitung des Sachverständigenbeweises kann ausnahmsweise, nämlich bei freiwilligen Schätzungen von beweglichen und unbeweglichen Sachen, Notaren als Gerichtskommissären übertragen werden (§ 183 NO. vom Jahre 1855).

Schon zur Zeit der Geltung der Josefinischen allgemeinen Gerichtsordnung hatte das Gesetz über Verfahren außer Streitsachen dem Prinzipe der freien Beweiswürdigung rücksichtlich des Sachverständigenbeweises mit den Bestimmungen der §§ 198, 210 Rechnung getragen, ähnlich wie das mehrerwähnte Eisenbahnexpropriationsgesetz (§ 30). Selbstredend ist hieran heutzutage um so mehr festzuhalten.

Die Protokollierung der Aussagen von Auskunftspersonen und des Befundes, sowie des Gutachtens Sachverständiger ist nicht bloß behufs Ermöglichung einer gründlichen Überprüfung beschwerender Verfügungen der ersten Instanz im Rechtsmittelzuge, sondern auch aus Rücksichten der Strafrechtspflege behufs Konstatierung des Tatbestandes falscher Aussagen vor Gericht (§ 199, lit. a StGB.) unbedingt nötig.

Der Untersuchungsmaxime entspricht die Anwendung aller in der Zivilprozeßordnung §§ 333, 354 für zulässig erklärten Zwangsmaßregeln gegen ungehorsame Zeugen (einschließlich der Vorführung) und Sachverständige; dies gilt auch betreffs der als Auskunftsperson vorgeladenen Beteiligten selbst § 19, I Pat., § 87 GOG. In offenbarer Übereinstimmung mit der Vorschrift des § 522 ZPO. ist dem Gerichte I. Instanz das Recht der Nachsicht einer, diesen Personen auferlegten Ordnungsstrafe in Erledigung des dagegen erhobenen Rekurses gemäß § 9 Pat. zuzugestehen.

Digitized by Google

Mit Rücksicht auf die dem Gerichte auferlegte Pflicht, alle entscheidenden Tatumstände von Amts wegen zu erheben, kann von einer Erlassung des vom Gerichte für erforderlich gehaltenen Zeugeneides bei Verzicht der Beteiligten (§ 336, II ZPO.), von dem Ausfallen einer angeordneten Zeugeneinvernahme oder Sachverständigenvernehmung wegen nicht rechtzeitigen Erlages des vom Richter bestimmten Betrages zur Deckung des hiedurch entstehenden Aufwandes keine Rede sein, ebensowenig von der Präklusion einer, in der vom Richter hiefür bemessenen Frist unterbliebenen Beweisführung, wie freilich im Prozesse gemäß §§ 332 II, 279.

Seitens des Beweisführers erklärte Verzichte auf sofort ausführbare zugelassene Beweisaufnahmen mittels Urkunden, Zeugen und Sachverständigen sind schon im Prozeßverfahren wirkungslos (§§ 302, 345, 363 ZPO.), falls der Gegner auf der Durchführung des präsenten Beweises beharrt. Um so minder kann das Gericht im außerstrittigen Verfahren derartige Erklärungen eines Beteiligten zur Beeinträchtigung vollständiger Aufklärung der Sachlage berücksichtigen.

Als Auskunftssachen sind neben den Urkunden vornehmlich Grenzzeichen, Marksteine, Denkmünzen und Denkmäler (§ 318 ZPO.) hervorzuheben. Erstere werden bei Grenzerneuerungen (§ 850 ABGB.), letztere bei Fideikommißzuweisungen häufig eine wichtige Rolle spielen.

Das für alle Zukunft bereitgehaltene, aller Orten verwendbare Beweismittel der Urkunden kann selbstverständlich unter den Bewahrheitungsmitteln des Verfahrens freiwilliger Gerichtsbarkeit nicht fehlen. Nach § 2, Abs. 5 Pat. sind „alle zur näheren Aufklärung dienlichen Urkunden abzufordern". Die Beweisregeln über den Urkundenbeweis gelten in Durchbrechung des Grundsatzes freier Beweiswürdigung (§§ 292—295 ZPO.) mit dem Vorbehalte des Art. VII ZPO. auch für Angelegenheiten außer Streitsachen, ohne daß die hier maßgebenden Vorschriften über die Form bei Gericht abzugebender Erklärungen, insbesondere der Erbserklärung (§ 8, 122 Pat.) eine Änderung erfahren hätten.[4]) Wird erwogen, daß nach Art. I ZPO. die Zivilprozeßordnung nur

[4]) Das Gegenteil behauptet Baš in der Zeitschr. für Notariat, 1899, Nr. 22; vgl. dagegen Dr. E. Tilsch, Einfluß der Zivilprozeßgesetze auf das materielle Recht, S. 211 (II. Aufl.).

Digitized by Google

älteren gesetzlichen Anordnungen derogierte, die über dermal in dem Zivilprozeßgesetze geregelte Gegenstände vordem in Kraft standen, so kann angesichts des Art. VII, Z. 2 ZPO. unmöglich bezweifelt werden, daß die Beweiskraft von Privaturkunden für das Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach §§ 294, 295 ZPO. nur insoweit zu beurteilen ist, als in den Gesetzen über Verfahren außer Streitsachen keine Sonderbestimmungen enthalten sind. Dies vorausgeschickt, wird auch fernerhin zu beachten sein, daß kraft gesetzlicher Weisung (§ 8 Pat.) alle in anderen Kronländern ausgestellte Privaturkunden und nach richterlichem Ermessen auch besonders wichtige, in demselben Kronlande außer dem Gerichtssitze ausgestellte Urkunden gleicher Gattung der Legalisierung bedürfen. Diese Anordnung bietet Bürgschaft für deren Echtheit, was um so notwendiger ist, weil nicht, wie im Prozesse, durch die Beteiligung eines Gegners am Verfahren die Unechtheit leicht entdeckt werden kann.

Besonders einschneidende Verfügungen, welche die Interessensphären dritter Personen berühren und für den sicheren Rechtsverkehr in weiteren Kreisen von Bedeutung sind, bedürfen gleichfalls als ihrer Grundlage solcher Privaturkunden, bei denen die bloße eigenhändige Fertigung des Ausstellers (§ 294 ZPO.) nicht genügt, vielmehr deren Legalisierung gefordert wird. Es sind dies Grundbuchseinträge, sofern eine Einverleibung in Frage steht (§ 31 GrdbO.) — vorbehaltlich der in anderer Weise erfolgenden Beglaubigung von Privaturkunden in geringfügigen Grundbuchssachen (Ges. vom 5. Juni 1890, Z. 109 RGBl.) — und Einträge in Handels- und Genossenschaftsregister, bei welchen alle „zum Behufe der erforderlichen Nachweisung“ beigebrachten nichtöffentlichen Urkunden der Legalisierung erheischen (§ 22 Handelsregisterverordnung und § 18 Vdg. vom 23. Mai 1895, Z. 74 RGBl.). Ein Analogon aus dem Bereiche des Prozeßrechtes bildet das Mandatsverfahren, welches betreffs der die Klagstatsachen nachweisenden Privaturkunde auch die Legalisierung erfordert (§ 548 ZPO.), sich also mit der normalen Beweiskraft nicht begnügt.

An den vorerwähnten Bestimmungen und an der Vorschrift, daß die Ausnützung einer Rangordnungsanmerkung nach dem Verfallen des Eigentümers der Hypothek (beziehungsweise des Gläubigers einer derart gebundenen Forderung) in Konkurs nur möglich ist, wenn der Ausstellungstag der betreffenden Erklärung durch

Digitized by Google

gerichtliche oder notarielle Beglaubigung dargetan ist (§ 56 GrdbO.), wurde durch die Zivilprozeßordnung nichts geändert (Art. VII, Z. 2, 3 ZPO.).

Die Beweiskraft der Handelsbücher nach den Vorschriften des Handelsrechtes blieb bei der Justizreform unberührt (§ 295 ZPO.); ingleichen die Anordnungen, durch welche die Art der Vorlegung der Handelsbücher bestimmt wird (Art. VII, Z. 4 ZPO.). Es sind sonach auch in Zukunft die Handelsbücher in Erbschaftsangelegenheiten (insbesondere bei Inventuren § 106 Pat.) ihrem ganzen Inhalte nach zur vollständigen Kenntnisnahme mitzuteilen (Art. 40 HGB.).[5])

Über die Beweiserfordernisse im Auslande ausgestellter Urkunden entscheiden gemäß § 8 Pat. die hierüber bestehenden Vorschriften, somit dermal die Anordnungen internationaler Verträge und der Zivilprozeßordnung. Insbesondere wird bei öffentlichen Urkunden die Beobachtung der Gegenseitigkeit und Legalisierung im diplomatischen Wege (Hofdekret vom 22. Jänner 1838, Z. 249 JGS.) verlangt werden müssen (§ 293, II ZPO.). Kommen Privat- oder öffentliche Urkunden als Solemnitätsakte und nicht als Beweismittel in Betracht, gilt selbstverständlich der Grundsatz: *locus regit actum* (§ 37 ABGB.), so vornehmlich bei letztwilligen Erklärungen (Hofdekret vom 22. Juli 1812, Z. 997 b) JGS.) und Wechselprotesten (Art. 86 WO.). Bei im Auslande geführten Handelsbüchern wird die Beweiskraft aus dem Gesichtspunkte der materiellen Reziprozität zu beurteilen sein (§ 295, II ZPO.).

Die Vorlegung der Urschrift beweiserheblicher Urkunden ist im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit von Amts wegen zu fordern (§ 2, Abs. 5 Pat.), zumal der schriftlichen letztwilligen Erklärungen als der Grundlage der Verlassenschaftsabhandlung und im weitesten Umfange bei Inventuren (§ 98, II Pat.). Ausnahmsweise genügt eine vidimierte Abschrift (vgl. § 102 Pat.). In Tabular- und Registersachen ist Vorlage des Originales unbedingt geboten (§ 87 GrdbO., § 22 Handelsregisterverordnung); bei ersteren genügt ausnahmsweise, wenn das Original bei einer

[5]) Der Oberste Gerichtshof (Sammlung Pfaff-Schey-Krupský, Z. 14.454) stellte den erstgerichtlichen Auftrag wieder her, womit einem, mit dem Erblasser im Verrechnungsverhältnisse gestandenen Dritten die Vorlage seiner Geschäftsbücher zwecks Festsellung der dem Erblasser zustehenden Forderungen verordnet wurde.

Digitized by Google

anderen Behörde sich befindet, dessen Nachtragung in kurzer Frist (§ 88 GrdbO.).

Die Belassung der vorgelegten Urkunde bei Gericht wird entweder mit Rücksicht auf dieses selbst vom Gesetze verfügt, um es vor künftiger Verantwortlichkeit zu schützen (§ 2, Z. 3 Pat.) oder damit das Gericht in der Sache ferner seines Amtes walten könne (§§ 68, 175 Pat., § 229 ABGB., §§ 189, 230 Pat.), oder mit Rücksicht auf die Beteiligten, um sie vor dem Verluste wichtiger oder sogar unersetzlicher Urkunden zu bewahren (§§ 68, 169, 171, 215, 219, 262 Pat.). Beweisergebnisse aus Urkunden, die den Teilnehmern rückgestellt werden, sind in den Verhandlungsprotokollen festzuhalten. Rückzustellen sind nach gemachtem Amtsgebrauche alle Urkunden, die aus den eben hervorgehobenen Gesichtspunkten nicht bei Gericht zu belassen sind, z. B. §§ 175, 215 219 Pat.

Die Beihilfspflicht dritter Personen bei Benützung von Urkunden und Auskunftssachen durch deren Edition wird sich im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit nicht in dem engen Rahmen der unbedingten, im Prozeßrechte umschriebenen Editionspflicht (§§ 304, 308, 318 ZPO.) bewegen, vielmehr dem Zwecke amtswegiger Erhebungen entsprechend (§ 2, Z. 5 Pat.) auch in Fällen der im Streitverfahren nur bedingt sich geltend machenden Verpflichtung zur Vorlegung (§ 305 ZPO.) anzuerkennen sein. Dabei wird der im Prozeßrechte maßgebende Unterschied, ob der Gegner oder eine außer dem Prozesse stehende Person die Urkunde oder Auskunftssache in Händen hat, anders gesagt die Frage, wer Inhaber des Editionsobjektes ist, im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit ohne alle Bedeutung bleiben (*arg.* § 2, Z. 5 Pat., *verba:* alle zur näheren Aufklärung dienlichen Urkunden abfordern).

Das verläßlichste, freilich nicht häufig verwendbare Auskunftsmittel, der gerichtliche Augenschein, spielt im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit eine größere Rolle als im Prozeßverfahren (§§ 368, 314 ZPO.). Die zahlreichen Fälle der Inventuren (bei Verlassenschaften, Fideikommißerrichtung oder -Erledigung §§ 92, 223, 224 Pat., ähnlich bei Konkursfällen § 86 ZPO.), der Publikation schriftlicher letztwilliger Erklärungen (§§ 61, 63 Z. 5, 70 Pat.) erhärten diese Behauptung, wobei die Pflicht, dem hier einschreitenden Gerichtsorgane den Zutritt zu den Wohn- und Wirtschaftsräumen, beziehungsweise den zur Aufbewahrung von letzt-

Digitized by Google

willigen Anordnungen dienlichen Behältnissen zu gestatten, gesetzlich anerkannt ist (§§ 98, 40 II Pat.). Dessen bedarf es mit Rücksicht auf den öffentlichrechtlichen Charakter dieser Pflicht und zum Schutze des Hausrechtes.

Das Eingreifen des Gerichtes bei der Beweisaufnahme im Prozesse gipfelt in dem Bestreben, zum Zwecke „wahrheitsgemäßer Sachverhaltsfeststellung" (§§ 253, 264 ZPO.) alle dazu dienlichen Mittel auf das erschöpfendste auszunützen. Zur Erreichung dieses Zieles wird im modernen Beweisverfahren dem Gerichte die Pflicht auferlegt, die beweispflichtige Partei in ihrem Bemühen nach Bewahrheitung streitiger erheblicher Tatsachen durch Beihilfe bei Beschaffung von Beweismitteln tunlichst zu unterstützen (§§ 183, 301, Art. XXXVIII ZPO.), und wird die Beweisführung selbst derart gestaltet, daß die Wahrheit möglichst zum Siege gelange. Diesem Zwecke dienen insbesondere die bereits berührte richterliche Fragepflicht nach dem Wissensgrunde und die Zeugengegenüberstellung (§§ 340, 339, IV ZPO.), die Befugnis des Gerichtes, bei Vorlage einer Urkundenabschrift zu Beweiszwecken die Vorweisung der Urschrift aufzutragen (§ 299 ZPO.), bei zweifelhafter Echtheit einer inländischen öffentlichen Urkunde die Ausstellungsbehörde über die Echtheit zu befragen (§ 310, II ZPO.), beim Echtheitsbeweise durch Schriftenvergleichung dem vermutlichen Aussteller der von ihm als unecht erklärten Urkunde die Niederschrift einer Anzahl näher zu bezeichnender Worte aufzuerlegen (§ 314 ZPO.) und jene weitreichenden Befugnisse des Gerichtes beim Beweise durch Sachverständige, in denen die Auffassung sich wiederspiegelt, daß sie *instructores judicis* sind (§§ 351, 363, 366, II, 362, 488 ZPO). Alle diese Vorschriften werden als Ausflüsse der richterlichen „Untersuchungs"macht auch bei Benützung der gedachten Beweismittel im außerstrittigen Verfahren Anwendung finden, sofern dies nicht gesetzlich ausgeschlossen ist. So läßt z. B. die Verordnung über Genossenschaftsregister vom 23. Mai 1895, Z. 74 RGBl., § 18 die Schriftenvergleichung als Mittel des Echtheitsbeweises zu, gestattet aber als dessen Grundlage nur die Verwendung von Registerakten.

Eine selbstverständliche Konsequenz der Parteienöffentlichkeit des Verfahrens freiwilliger Gerichtsbarkeit ist es, daß das Gericht seine endliche Verfügung nicht auf Tatsachen stützen kann, deren

Digitized by Google

Erhebung durch, den Beteiligten unbekannt gebliebene Mittel erfolgte, weshalb den allenfalls an der Beweisaufnahme nicht teilnehmenden Beteiligten deren Ergebnisse nachträglich unbedingt zugänglich sein müssen.

Seit die freie Beweiswürdigung im Prozeßrechte zur Herrschaft gelangte, trennt beide Gebiete des gerichtlichen Verfahrens nicht mehr die vordem zwischen ihnen gähnende Kluft in Fragen des Beweises.

Für beide Bereiche gilt dermal, daß der Richter nur nach dem Ergebnisse der gesamten Verhandlung und Beweisführung den Bestand oder Nichtbestand der rechtserheblichen Tatumstände für wahr halten soll, aber auch auf Grund zwingender Schlüsse aus feststehenden Tatsachen zur Überzeugung von dem Bestehen anderer bestrittener Umstände gelangen darf (indirekte Beweisführung). Für das Gebiet des Zivilprozesses haben letzteres die Motive des Regierungsentwurfes (S. 265) ausdrücklich anerkannt.

Das Gegenteil von allgemeinen Erfahrungskenntnissen oder bei Gericht offenkundigen Tatsachen[6]) („ihm auf andere Art bekannt gewordenen", § 2, Z. 6 Pat., § 269 ZPO.) kann freilich niemals die Grundlage richterlicher Verfügung bilden. Es besteht — von der die Inventur betreffenden Ausnahme abgesehen — nicht mehr der Zwang, nur bestimmte Beweismittel als genügend, andere dagegen als ungenügend behandeln zu müssen. Auch das Gutachten von Sachverständigen[7]) ist nur „von konsultativer, nicht dezisiver Bedeutung" für das Gericht. Freilich werden dem Richter nicht Inzichten einer schwankenden Wahrscheinlichkeit, sondern nur nach erprobter Erfahrung für die Fürwahrannahme zureichende Gründe genügen. Stets wird es somit einer Rechtfertigung der gewonnenen richterlichen Überzeugung durch Darlegung aller Umstände und Erwägungen, welche hiefür maßgebend waren, in der Begründung der getroffenen Verfügung, soweit eine solche

[6]) Die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes Nr. 10.449 der Sammlung Unger-Walter-Pfaff erklärt, daß das Abhandlungsgericht bei Erledigung der von dem notorischen Vatermörder zu dem Nachlasse des von ihm getöteten Vaters angebrachten Erbserklärung von Amts wegen die Erbunwürdigkeit (§ 540 ABGB.) berücksichtigen müsse (§ 2, Abs. 6 Pat.) und daher die entfernteren gesetzlichen Erben zur Erbserklärung aufzufordern habe (§ 75 Pat.).

[7]) Von gleicher Auffassung geht auch der Verwaltungsgerichtshof betreffs des Gutachtens von Experten aus; vgl. Budwinski, Sammlung der Entscheidungen des VGH., Nr. 2439, 4387.

Digitized by Google

geboten erscheint, bedürfen (§ 2, Z. 8 Pat.). In diesem Sinne ist die Bestimmung des § 13 Pat. über die Ausfolgung der Entscheidungsgründe nunmehr aufzufassen. Denn je freier das Gericht in der Beurteilung und Würdigung der Beweisergebnisse ist, desto mehr fordert es das Wesen der Sache und das berechtigte Interesse aller Beteiligten, des genaueren zu erfahren, vermöge welcher logischen Operation der Richter zu der Überzeugung von der Existenz der für die getroffene Entscheidung maßgebenden Tatumstände gelangte. Ein bedeutsamer Unterschied wird sich dahin ergeben, daß im Prozesse nur im Rahmen des Beweisbeschlusses gesammelte Beweisergebnisse (z. B. Zeugenaussagen) bei der Beweiswürdigung verwertet werden können, da nur bestimmte „tatsächliche Angaben" das Beweisthema bilden (§ 272 ZPO.) und auch nur die „streitigen Tatsachen, über welche der Beweis zu erheben st", Gegenstand des Beweisbeschlusses und sonach der Beweisführung sein können (§ 277). Über diese Grenze hinaus kann das Fragerecht nur zur Aufklärung des Streitverhältnisses (§ 289), nicht aber zur Beschaffung neuer Tatsachen und damit zur Stoffsammlung verwendet werden.[8]) Anders liegt die Sache im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit, wo nicht wie im Prozesse nur bestimmte von einer Seite behauptete, von der anderen bestrittene Tatumstände zu beweisen, sondern alle erheblichen durch das Gericht zu ermitteln und festzustellen sind.

Eine besondere förmliche Erörterung der Ergebnisse einer Beweisaufnahme entfällt mit Rücksicht auf den Umstand, daß in Sachen freiwilliger Gerichtsbarkeit keine Gegner sich gegenüberstehen, die auch dieses Prozeßmaterial von ihrem Parteienstandpunkte aus der Kritik zu unterwerfen befugt sind (§§ 193, 278 II ZPO.).

Exkurs über den Einfluß der Zivilprozeßordnung auf die Bestimmungen der §§ 66, 67 Pat.

Im Anschlusse an die vorausgeschickten Ausführungen über den Beweis in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist in einem knappen Exkurse des Einflusses der Zivilprozeßordnung auf die Anordnungen der §§ 66, 67 Pat. zu gedenken, wobei zum Zwecke des vollen Verständnisses etwas zurückgegriffen werden muß.

---

[8]) Anderer Meinung Rudolf Pollak, österr. GZ.: Zur Lehre von der Stoffsammlung, 1901, S. 397, und dessen System des österr. Zivilprozeßrechts, I., S. 413. Ähnlich die „Beantwortung der Fragen" zu § 424 ZPO.

Digitized by Google

Der Standpunkt, den das zur Ergänzung der Vorschriften der Josefinischen Gerichtsinstruktion vom 9. September 1785, Z. 494 JGS. (II. Teil, 5. Abschnitt, §§ 25—44) ergangene HD. vom 6. November 1795, Z. 263 JGS., eingenommen hat, daß von Amts wegen keine eidliche Bestätigung der Aussagen der Zeugen eines mündlichen Privattestaments gefordert werden könne, wurde von der Praxis auch nach Erlassung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches festgehalten, jedoch von der Gesetzgebung später verlassen. Das Abhandlungspatent vom 28. Juni 1850, Z. 255 RGBl. (§ 85 II) schrieb nämlich vor, daß bei Anbringung einer auf eine derartige letztwillige Anordnung sich stützenden Erbserklärung, „insofern es sich nur um deren Annahme zu Gericht handelt, das Testament auf die im § 586 ABGB. vorgeschriebene Weise summarisch beschworen werden müsse". Offenbar wurde hiebei an eine eidliche Bestätigung in den Formen des summarischen Zeugenbeweises der Josefinischen Gerichtsordnung (§§ 182—186) gedacht.

Bei einer, im Sinne des Statuts des Obersten Gerichtshofes (§ 16 lit. f) zur Lösung aufgetauchter Streitfragen über Aufforderung des Justizministeriums eingeleiteten Plenarberatung des genannten Tribunals gab der Generalprokurator, Freiherr von Lichtenfels, zu erwägen, ob sich nicht eine authentische Interpretation der streitigen Bestimmung empfehlen würde.

Dieser Anregung entsprechend erfloß eine solche in der Tat mit dem Erlasse des Justizministeriums vom 11. März 1852, Z. 64 RGBl., dessen Anordnungen in diesem Punkte mit geringen Abweichungen in das dermal geltende Gesetz (§§ 65, 66, 67 Pat.) Aufnahmen fanden. Mit vollster Berechtigung hatte der Generalprokurator (wie ich den dankenswerten Mitteilungen des Herrn Hofsekretär Dr. Prouza über seine diesbezüglichen Nachforschungen im Archive des Obersten Gerichtshofes entnehme) hervorgehoben, „daß es den Grundsätzen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches sowie der früheren Praxis widerspricht, wenn die neue Instruktion (Pat. 1850) zu jeder Erbserklärung aus einem mündlichen Testamente jederzeit schon die Beschwörung der Zeugenaussagen fordert. Denn das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch fordert zur Gültigkeit eines mündlichen letzten Willens nicht, daß die Zeugen denselben zu beschwören haben, sondern nur, daß der Erblasser ihn in Gegenwart der Zeugen auf die im § 585 ABGB. vorgeschriebene Art erklärt habe. Die Beschwörung durch die Zeugen wird im § 586 zur Rechtskraft nur dann vorgeschrieben, wenn solche von jemand, dem daran gelegen ist, verlangt wird. Es kann also die Beschwörung der Zeugnisse zur Annahme der Erbserklärung von Amts wegen nach den Grundsätzen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches nicht gefordert werden."

Wird die aus diesen Ausführungen folgerichtig abgeleitete Bestimmung des § 66 Pat. mit den Anordnungen der Zivilprozeßordnung über die Beweissicherung verglichen, so ist es einleuchtend, daß die Stattgebung eines Ansuchens um eidliche Einvernahme der Testamentszeugen nicht der Gefahrbescheinigung sonst drohenden Beweisverlustes oder vorgängiger

Digitized by Google

Vernehmung sonstiger Beteiligter, wie ein Antrag auf Beweissicherung (§§ 385, 386 ZPO.), bedarf und daß auch gegen die Zulassung der Zeugenabhörung das Rechtsmittel der Vorstellung, eventuell des Rekurses (§ 9 Pat., entgegen dem § 386 IV ZPO.) zulässig ist.

Es steht auch dermal, wie unter der Geltung der Josefinischen Gerichtsordnung nichts im Wege, selbst nach Beginn des Erbrechtsstreits und Unterbrechung des Abhandlungsverfahrens den Akt der Publikation des mündlichen Testaments durch Vornahme der eidlichen Abhörung der Testamentszeugen gemäß § 66 Pat. über Ansuchen eines Beteiligten zu ergänzen, wie dies die ältere Praxis (Entscheidungen Z. 1401, 3055, Sammlung Unger-Glaser-Walther) gestattete.

Selbstverständlich ist nicht einmal die von Amts wegen zum Zwecke der Kundmachung eines mündlichen Testaments erfolgende Zeugenabhörung (§ 65 Pat.), geschweige denn die nachfolgende eidliche (§ 66 Pat.) von dem als Gerichtskommissär fungierenden Notar vorzunehmen (Sammlung Pfaff-Schey-Krupský Nr. 10.298).

Im Sinne des § 66 Pat. wird dermal die eidliche Einvernahme in den von der Zivilprozeßordnung vorgesehenen Formen sich vollziehen. Somit ist allen anwesenden Beteiligten ein Fragerecht zur Aufklärung und Vervollständigung der Aussagen und zur Aufhellung des ganzen Vorganges bei der Testamentserrichtung, aber auch der für die Beweiskraft der Aussagen wesentlichen Verhältnisse, also aller die Glaubwürdigkeit der Zeugen beeinflussenden Umstände, einzuräumen (§§ 289, 341 ZPO.). Die Zulässigkeit der Gegenüberstellung der Zeugen wird hiebei ihre großen Vorteile gewähren (§§ 339, 388 ZPO.).

Nach der so erfolgten eidlichen Einvernahme gemäß § 66 Pat. ist einem Ansuchen um Beweissicherung durch Abhörung der Testamentszeugen nicht stattzugeben, obwohl ein solches unter der Geltung der Josefinischen allgemeinen Gerichtsordnung mit Rücksicht auf die starre Form der Zeugenvernehmung wohl begründet war (vgl. Sammlung Glaser-Unger Nr. 4513). Denn eine Besorgnis des Verlustes dieses Beweismittels (§ 385 ZPO.) kann nicht behauptet werden im Hinblicke auf die genaue protokollare Festhaltung der bereits gewonnenen Beweisergebnisse, die nach ausdrücklicher Anordnung des § 67 Pat. „zwischen allen bei dem Nachlasse beteiligten Personen, nicht nur in Ansehung derjenigen, welche darum angesucht haben oder sonst zur Vernehmung vorgeladen worden sind, Beweiskraft haben". Allfällige Lücken oder Dunkelheiten in den Aussagen der Zeugen können aber auf Antrag durch wiederholte Vernehmung beseitigt werden.

Dazu stehen zwei Wege offen; einmal die Ergänzung der gemäß § 66 Pat., also „nicht nach den Bestimmungen, welche für eine im Laufe des Prozesses erfolgende Beweisaufnahme gelten", stattgefundenen Einvernahme (§§ 389 ZPO. II, 388 I., 344 ZPO.), sodann in dem zur Bestreitung der Gültigkeit der Anordnung nach § 67 Pat. etwa eingeleiteten Prozesse (§ 389 II ZPO.). Selbstverständlich unterliegt die Würdigung der bei derartigen Einvernahmen vor und im Prozesse allen-

Digitized by Google

falls sich ergebenden Widersprüche in den Aussagen dem durch sorgfältige Erwägung aller maßgebenden Umstände geleiteten, freien richterlichen Ermessen (§§ 389 II, 272 Pat.).

In überzeugender Weise hat Tilsch in seiner oft zitierten Schrift S. 178 ff. dargetan, daß § 586 ABGB. keine Beweisvorschrift, sondern ein Solemnitätserfordernis im Falle der Bestreitung statuiert. Es wurde daher die fernere Geltung dieser gesetzlichen Anordnung durch die Zivilprozeßordnung nicht berührt (Art. I ZPO.).

Obwohl aber § 586 ABGB. die durch übereinstimmende eidliche Aussagen wenigstens zweier noch einvernehmungsfähiger Testamentszeugen bestätigte mündliche letztwillige Erklärung als „rechtskräftig" erklärt, hat das Pat., § 67 II, die Bestreitung dieser „Rechtskraft" (etwa gleichbedeutend mit Vollkraft) im Rechtswege wegen ursprünglicher Ungültigkeit (z. B. §§ 565, 566, 572 ABGB.) oder nachträglicher Hinfälligkeit des Testaments (z. B. §§ 713, 719, 723 II ABGB.) vorbehalten. Erstere wird insbesondere durch Mängel der Fähigkeit zum Testamentszeugnisse (§§ 591, 592, 594 ABGB.) veranlaßt sein können, da nach Analogie des § 61 Pat. (betreffend die Publikation schriftlicher Privattestamente, selbst wenn ihnen ein gesetzliches Erfordernis mangeln sollte) Abgang der genannten Fähigkeit weder der von Amts wegen durchzuführenden unbeeideten, noch der über Ansuchen eines Beteiligten nachfolgenden eidlichen Abhörung der Testamentszeugen im Wege steht (Sammlung Pfaff-Schey-Krupský Nr. 11.955).

Der Bestreitung der „Gültigkeit des Zeugnisses" geschah in dem, als Quelle des § 67 Pat. dienenden, oben zitierten ME. vom 11. März 1852, Z. 64 RGBl., mit Recht keine Erwähnung neben der Bestreitung der Gültigkeit der Anordnung. Denn Untauglichkeit der Zeugen als Solemnitätszeugen hat die Ungültigkeit der Testamentserrichtung zur Folge; Vorliegen eines nach der uneidlichen Einvernahme eingetretenen Grundes der Ausschließung der Testamentszeugen vom Zeugnisse oder von der Eidesleistung (§§ 320, Z. 1, 336, ZPO.), z. B. Verlust des Sprachvermögens, beginnende Verblödung, Verurteilung wegen Meineides, veranlaßt die Hinfälligkeit des Testaments, das nicht mehr seine „Rechtskraft" erlangen kann (§ 586 ABGB.). Beides kann somit nur den Gegenstand einer aus diesen Gründen zu erhebenden Bestreitungsklage bilden.

Eine Klage auf Feststellung der Ungültigkeit des abgelegten Zeugnisses ist bei der strengen Absteckung des Gebiets dieser Klagenkategorie (§ 228 ZPO.) ausgeschlossen; verfehlt wäre es, die Bestimmung, betreffend die Feststellung der Unechtheit einer Urkunde, analog anwenden zu wollen.

Jedoch kann dermal im Erbrechtsstreite (§ 127 Pat.) selbst die strafrechtliche Vorfrage falschen Zeugnisses, wenn nicht Streitunterbrechung behufs ihrer Lösung im Strafverfahren eintritt (§ 191 ZPO.), ihre Erledigung finden. Mag immerhin der Beweis über Existenz und Inhalt eines mündlichen letzten Willens mittels anderer als der Testaments-

Digitized by Google

zeugen vollends unzulässig sein (§ 586 ABGB.), so ist damit nicht der Gegenbeweis gegen ein falsches Zeugnis letzterer vom Gesetze reprobiert worden. Nicht minder kann gegen ein zu Gunsten des Testamentserben ergangenes Urteil im Impugnationsprozesse von Seiten des sachfälligen gesetzlichen Erben die Wiederaufnahmsklage mit der Begründung erhoben werden, daß sich das dem Sieger günstige Urteil auf falsche Aussagen der Testamentszeugen stützte (§ 530, Z. 2 ZPO.).

Was schließlich die Bestreitung der Gültigkeit der Anordnung des Erblassers im Rechtswege anlangt, ist nicht zu übersehen, daß die zur Zeit der Errichtung der mündlichen letztwilligen Erklärung vorgelegene, aber den Erbsinteressenten unbekannt gebliebene Verurteilung des Testamentszeugen wegen des Verbrechens des Betruges oder eines anderen aus Gewinnsucht verübten (§ 592 ABGB.), zumeist bei der nach § 340 ZPO. gepflogenen Erhebung der persönlichen Verhältnisse des Zeugen nicht zur Sprache kommt und sich als ein „obwaltender, bei der Vernehmung der Zeugen nicht vorgekommener Mangel“ darstellt, den die Anordnung des § 67 II Pat. als eine der Grundlagen zulässiger Bestreitungsklagen vor Augen hat.

Digitized by Google

XV. Zustellungswesen, Zeit und Ort der Verhandlung.

Im Anschlusse an die vorausgeschickten Erörterungen über die das Verfahren beherrschenden Prinzipien und den Beweis bedarf es noch einiger kurzer Andeutungen über das Zustellungswesen, über Zeit und Ort der Verhandlung.

Das Zustellungswesen ist für beide Zweige der Gerichtsbarkeit gleichmäßig geregelt, zumal unser Recht auch für die im Prozeßverfahren ergehenden individuellen Verständigungen nicht das im deutschen Reichsrechte geltende Prinzip des Parteienbetriebs anerkennt und der Natur der Sache nach eine Zustellung zwischen Advokaten, die ein Streitverfahren voraussetzt (§ 112 ZPO.), außer Betracht bleibt. Es erfolgt somit die Zustellung gerichtlicher Beschlüsse und Verfügungen in entsprechender Ausfertigung von Amts wegen durch die gesetzlich bestimmten Zustellungsorgane (§§ 88, 91 ZPO.; § 88 GOG.) an diejenigen, für die sie bestimmt sind, unter Einhaltung der Bestimmungen der Zivilprozeßordnung über Zeit und Ort der Zustellung.

Ersatzzustellung an Hausgenossen ist allgemein für zulässig erklärt, sofern das Gesetz nicht ausdrücklich Zustellung zu eigenen Handen oder an einen ordnungsmäßig bevollmächtigten Vertreter vorschreibt oder endlich das Gericht letztere Zustellungsart aus wichtigen Gründen verfügt (§ 6 Pat.).

Die Zustellung zu eigenen Handen verordnet das Gesetz bei der Aufforderung des säumigen Mündels, sein in der Waisenkasse erliegendes Vermögen zu erheben, § 217 Pat., bei Ausfolgung der von den gesetzlichen Vertretern über die Vermögensverwaltung gelegten Rechnungen samt Belegen an die Mündel oder Pflegebefohlenen nach erlangter Eigenberechtigung, § 215 Pat., ferner bei Verfügungen in Grundbuchssachen, § 124 GrdbO. und im Aufforderungsverfahren behufs lastenfreier Grundabtrennung (§ 11 Ges. vom 6. Februar 1869, Z. 18 RGBl.).

Digitized by Google

Beispiele richterlicher Anordnung einer Zustellung zu eigenen Handen bieten Aufforderungen und Verfügungen, die Rechtsnachteile im Gefolge haben können oder unmittelbare Rechtsvorteile gewähren, wie Aufforderungen zur Erbserklärung oder Anmeldung einer Forderung zur Verlassenschaft, §§ 76, 120, 136, II Pat., Einantwortungsurkunden als die das Verlaßabhandlungsverfahren abschließenden Verfügungen, § 174 Pat., Einschuldungskonsense bei Fideikommissen, § 233 Pat., Dekrete über Entlassung aus der väterlichen Gewalt, § 266 Pat.

Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung ist im Verfahren außer Streitsachen, insbesondere bei Verlaßabhandlungen (§§ 128, 131, 133, 139, 160 Pat.) im Gegensatze zur individuellen Verständigung nicht selten, selbstverständlich mit einer der *insinuatio ad manus* gegenüber abgeschwächten Wirkung (§ 217 Pat.) in Fällen, wo Berechtigte nicht erst entdeckt, sondern bloß ihre Rechte gewahrt werden sollen.

Der Prozeß bedarf gewisser genauer Zeitbestimmungen, um Verschleppungen und Verzögerungen zu verhindern und Schikanen des Prozeßgegners zu vereiteln. Die ältere und primitivere, dermal nur im französischen Rechte hiefür angewendete Form war die Prozeßverjährung, vermöge deren innerhalb eines gesetzlich bestimmten Zeitraumes das anhängig gemachte Verfahren beendigt sein mußte, bei sonstiger Unwirksamkeit aller Prozeßhandlungen. Sie ist im modernen Prozeßrechte dem feineren System der Ausschlußfristen für außer Gericht geschaffene, aber für den Prozeß relevante Äußerungen und Auskünfte (Schriftsätze), und der Tagsatzungen für das Handeln vor Gericht gewichen, also dem Systeme des zeitlichen Zusammendrängens der einzelnen, in ihrer Gesamtheit zum Prozesse sich zusammenschließenden Parteienhandlungen in kürzere, vom Gesetze oder Richter bestimmte Zeitabschnitte, deren Versäumnis den Ausschluß der Aufklärung entscheidender Tatumstände oder der Abgabe rechtlicher Erklärungen zur gesetzlichen Folge hat.[1])

In Rechtsangelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit trägt dem Interesse an möglichster Beschleunigung des Verfahrens das Gericht selbst Rechnung, da ihm das Recht zu dessen Leitung ausschließlich zusteht (§§ 90, 150, 151, 207 Pat.). Ausschlußfristen und Tagsatzungen mit Präklusionsfolgen wird es nur für

[1]) Vgl. Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, S. 309, N. 1.

Digitized by Google

rechtliche Erklärungen (§ 150 a contr. 120 Pat.), nicht für Ermittlungen durch schriftliche Äußerung oder mündliche Einvernahme ansetzen dürfen. Die Rechtsmittelfrist im Verfahren außer Streitsachen ist zwar auch, wie im Prozesse überhaupt, eine Notfrist (§ 11 Pat.), jedoch deren Versäumung nach richterlichem Ermessen unnachteilig, wenn sich die Verfügung noch ohne Nachteil dritter Personen abändern läßt.

Rücksichtlich der Fristenberechnung sind in allen Fällen die Vorschriften der Zivilprozeßordnung durch § 7 Pat. für maßgebend erklärt. Es kommen in dieser Hinsicht die Anordnungen der §§ 123—126, 128 ZPO. in Betracht.

Die dem alten josefinischen Prozeßrechte bekannte Wartestunde blieb schon dem Patente über Verfahren außer Streitsachen fremd (vgl. § 95 Pat.).

Die Anordnungen über Gerichtsferien finden auf Grundbuchssachen (und wohl auch auf Handelsregistersachen) keine Anwendung. Andere Angelegenheiten sind als Ferialsachen zu behandeln[2]), d. h. der Erledigung ohne Säumen zuzuführen, wenn durch die Verzögerung einer Verfügung Nachteil für Beteiligte entstehen könnte (Art. XXXVI ZPO.). Sicherlich werden als solche alle Amortisationssachen und die Entgegennahme gerichtlicher Depositen im Hinblicke auf den Zweck dieser Rechtseinrichtungen zu behandeln sein. Eine Aufzählung der Ferialsachen, wie sie § 224 ZPO. enthält, fehlt für das Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit, in welchem darüber sonach das Ermessen des Gerichtsvorstehers oder Senatsvorsitzenden (§ 86 GOG.), beziehungsweise deren Stellvertreter (§ 47 IV, 46 I GeschO.) entscheiden wird, ohne daß dagegen ein Rechtsmittel zustände (§ 224 in f. ZPO.).

Gestattet sind Zustellungen an Sonn- und Feiertagen unbedingt durch die Post; in anderer Weise und überhaupt zur Nachtszeit sind sie nur mit Erlaubnis der vorerwähnten Gerichtsleiter zulässig (§ 100 ZPO., § 7 Pat.).

[2]) Die Ergänzung der Regierungsvorlage des Einführungsgesetzes zur Zivilprozeßordnung, Art. XXXVI, in Betreff der Bedeutung der Gerichtsferien für Angelegenheiten außer Streitsachen erfolgte deshalb, weil von der Regierung keine Vorschrift darüber beantragt wurde, ob diese Sachen während der Gerichtsferien unerledigt zu bleiben haben oder als Ferialsachen zu behandeln sind. Weil der Ausschuß der Meinung war, daß sich hier eine generelle, ausnahmslose Vorschrift nicht aufstellen lasse, schlug er die im Texte erwähnte Bestimmung vor, die in das Gesetz Aufnahme fand (vgl. den in Abschnitt XIV, Anm. 2 zit. Bericht, S. 15).

Digitized by Google

Tagsatzungen in dringenden Geschäften freiwilliger Gerichtsbarkeit an Sonntagen abzuhalten, sind die Gerichte verpflichtet (§ 7 Pat.), während selbst unter dieser Voraussetzung im Prozesse Tagfahrtsabhaltung nicht tunlich ist (§§ 221, 436, 455 ZPO.), wie schon nach kanonischem Rechte (c. 1 X II, 9). Dagegen können an Feiertagen — abgesehen vom Weihnachtstage — in beiden Gebieten des gerichtlichen Verfahrens Tagsatzungen bei Gefahr im Verzuge vorgenommen werden (§ 221 ZPO., § 7 Pat., § 44 II GeschO.). Insoweit gilt auch in unserem Rechte: *necessitas caret feriis.* Verfügungen über Gegenstände außer Streitsachen, die an Ferialtagen getroffen wurden, können aus diesem Grunde nicht als nichtig angefochten werden (§ 7 Pat.).

Was die Örtlichkeit anlangt, wo sich die amtliche Tätigkeit in beiden Zweigen der Gerichtsbarkeit äußert, bestimmt hiefür das Gesetz in der Regel den Amtssitz und insbesondere das Gerichtshaus (§ 132 I ZPO.). Doch schaffen Gründe der Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit Ausnahmen in einzelnen Fällen (§§ 38, 66, 93, 94, 117, 148, 190 Pat.) und die Möglichkeit des Verhandelns an Gerichtstagen (§ 29 GOG.) eine allgemeine Ausnahme, die für den Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit aus naheliegenden Gründen weit erstreckt ist. Die allgemeinen Gerichtstage sind nämlich bestimmt für die wesentlichsten Verhandlungen in Nachlaßsachen (Verhandlung über Erbserklärungen und Forderungsanmeldungen, Aufnahme und Vorlage der Verlassenschaftsausweise), sowie für die wichtigsten Akte in Vormundschaftsgeschäften (Verhandlung über die Person des Vormundes, über die Vormundschaftsrechnung, Großjährigkeitserklärung und Ehekonsens), ferner in Grundbuchsangelegenheiten (Erhebungen behufs Übereinstimmung des Katasters mit dem Grundbuche, Anbringung von Tabulargesuchen, wobei § 57 II GeschO. betreffs deren Priorität zu beachten ist), endlich zur Vornahme der häufigsten Verifikation, nämlich der Legalisierung (§ 57 GeschO.)

Zeit und Ort sind bei Aufnahme notarieller Urkunden innerhalb des Amtssprengels (§ 31 NO.) — von der Gebührenfrage abgesehen (§ 14 NotTarif) — gleichgültig; die dem Notar auferlegte Pflicht der Bereitwilligkeit verbindet ihn, auch zur Nachtzeit (insbesondere bei Errichtung und Widerruf von Testamenten) als *judex chartularius* tätig zu sein (§§ 35, 173 NO.).

Digitized by Google

XVI. Gültigkeit und Nichtigkeit des Verfahrens.

Keiner eingehenderen Begründung bedarf die Behauptung, daß das Gericht als staatliches Rechtspflegeorgan — mag es in Prozeßsachen oder in Angelegenheiten freiwilliger Gerichtsbarkeit tätig sein — für die Gültigkeit des Verfahrens, insbesondere auch für das Vorliegen aller Voraussetzungen gültigen Verhandelns auf das strengste zu sorgen hat.

Für das außerstrittige Verfahren ergibt sich diese Verpflichtung — abgesehen von ausdrücklicher Anordnung (§ 2 in princ. Pat.) — als eine selbstverständliche Folge der allein maßgebenden richterlichen Einflußnahme auf Verlauf und Gestaltung der Verhandlung und der Verantwortlichkeit des Gerichts für die Ergebnisse der gepflogenen Erhebungen (§ 2, Abs. 5 Pat.).

Karg sind jedoch die gesetzlichen Bestimmungen über Nichtigkeiten im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit. Es wird bloß im Eingange des § 2 Pat. dem Gerichte zur Pflicht gemacht, „die allgemeinen Vorschriften über die Erfordernisse rechtsgültiger Verhandlungen und Verfügungen, genau zu beobachten“ und im § 16 Pat. der Zutritt zum Obersten Gerichtshofe mit einer Beschwerde gegen Entscheidungen des Obergerichtes, welche Verfügungen des unteren Richters bestätigen, auch „wegen einer begangenen Nullität“ gestattet. Außerdem findet sich eine minder bedeutsame Spezialbestimmung im § 7 Pat. Der erstere Hinweis kann nur als eine Verweisung auf die einschlägigen Vorschriften des Prozeßverfahrens[1]) gedeutet werden, da die Bestimmungen des

[1]) Damit will nicht gesagt sein, daß die bei Erhebung des Tatbestandes anzuwendenden Formen, insbesondere bei Verhandlungen mit den Beteiligten, sowie bei Durchführung von Beweisen im Administrativverfahren und in Sachen freiwilliger Gerichtsbarkeit diametral auseinandergehen. Die in den Abschnitten XIII, XIV und XIX dieser Schrift niedergelegten Ausführungen verdanken vielfache Anregung und Förderung den gründlichen und von gewissenhafter Benützung

Digitized by Google

Administrativverfahrens, das zur Entscheidung über öffentlichrechtliche Ansprüche führt, wegen völliger Ungleichheit des in Verhandlung gezogenen Gegenstandes außer Betracht bleiben. Unverkennbar kann die Bedeutung und Behandlung der Nichtigkeit für die beiden Gebiete der Gerichtsbarkeit nicht die gleiche sein, denn die Verschiedenheit der das Verfahren beherrschenden Grundsätze macht sich hiebei geltend. Stets begründen aber nur Gesetzesverletzungen des Gerichts, nicht der Parteien, Nichtigkeit (Klein, Vorlesungen, S. 239).

Im Prozeßrecht herrscht die im gegenseitigen Ringen der Parteien sich verkörpernde Dispositionsmaxime. Der Staat will nur, daß nach Beendigung des Streits durch rechtskräftiges Urteil Ruhe zwischen den Parteien für alle Zukunft eintrete. Ob dies auf Unkosten des Rechts und der Wahrheit erfolgt, hängt vom Tun und Lassen der Streitteile während der Verhandlung ab. Jeder der Streitteile hat die entsprechende Diligenz zur Verhütung von Nichtigkeiten, aber auch zu ihrer Geltendmachung anzuwenden, wie sich aus der Kostenpflichtigkeit für das von einer Partei verschuldete nichtige Verhandeln überhaupt oder bei fortgesetztem Verhandeln nach eingetretener Nichtigkeit (§ 51 ZPO.) ergibt. Das entgegengesetzte Parteieninteresse wird schon während des Verfahrens vor dem Prozeßgerichte häufig zur Entdeckung vorhandener Nichtigkeitsgründe führen, insbesondere aber wird deren Geltendmachung dem Rechtsmittelverfahren anheimfallen (§§ 477, 503, Z. 1 ZPO.). Wurden im Prozesse die grundlegenden Vorschriften über die unentbehrlichen Voraussetzungen und wesentlichen Formen einer Streitverhandlung und richterlicher Spruchtätigkeit durch das Gericht verletzt, so muß der Beteiligung eines Gegners wegen, zu dessen Schutze die Einhaltung dieser Bestimmungen dienen soll, Nichtigkeit des hievon ergriffenen Verfahrens die Folge sein ohne Rücksicht darauf, daß etwa der gefällte Spruch

---

der Verwaltungsjudikatur Zeugnis gebenden Darstellungen des österreichischen Verwaltungsverfahrens in den Werken: Bernatzik, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft (1886); Tezner, Handbuch des österreichischen Administrativverfahrens (1896), S. 104 ff.; Ulbrich, Lehrbuch des österreichischen Verwaltungsrechts (1904), II., S. 280 ff. und Pražák, Verwaltungsrecht (böhmisch), 1905, S. 145 ff. Es ergeben sich eben bei Vergleichung beider erwähnten Gebiete formellen Rechts zahlreiche Analogien, da die freiwillige Gerichtsbarkeit nicht zu geringem Teile auch Verwaltungstätigkeit ist.

Digitized by Google

dem materiellen Rechte gemäß war, und wenn auch die Verletzung der unter Nichtigkeitsfolge einzuhaltenden Verhandlungsform (z. B. Öffentlichkeit des Verfahrens, § 477, Z. 7 ZPO.) im einzelnen Falle auf die prozessuale Stellung der Streitteile ohne Einfluß blieb. Alle Nichtigkeitsgründe des Prozeßrechts sind formeller Natur, alle wirken absolut.

Heilbar sind ausnahmsweise vor Eintritt der Rechtskraft nur die aus der mangelnden Prozeßfähigkeit hervorgehende Ungültigkeit des Verfahrens bei nachträglicher Genehmigung desselben durch den gesetzlichen Vertreter oder den inzwischen prozeßfähig gewordenen Streitteil, sowie Nichtigkeiten der Urteilsform, die durch eine vom übergeordneten Gerichte verfügte Berichtigung sich beseitigen lassen (§ 477 ZPO.).

Unterbliebene Geltendmachung eines Nichtigkeitsgrundes im ordentlichen Rechtsmittelverfahren (Eintritt der Rechtskraft) heilt aber jede Nichtigkeit mit Ausnahme des Abgangs einer der beiden unabweislichen Grundlagen rechtlich bedeutsamen Verhandelns vor Gericht überhaupt, nämlich eines an dem Ausfalle der Streitsache nicht selbst beteiligten, somit vom Gesetze der Fähigkeit zur Ausübung des Richteramts im konkreten Falle nicht beraubten Richters und der gesetzlichen Vertretung der Partei (§ 529 ZPO.).

Weil die Beobachtung der formalen Rechtsordnung des Prozesses dem Parteieninteresse dient und das Staatsinteresse bei deren Verletzung nicht unmittelbar berührt wird, vielmehr Rücksichten der Prozeßökonomie der neuerlichen Durchführung bereits einmal verhandelter Streitsachen widerstreben, ist die Insanabilität der Nichtigkeiten in enge Grenzen gebannt.[2]) Als Regel gilt, daß

[2]) Je näher der Gegenwart, um so weniger insanabler Nullitäten kennt das Prozeßrecht. Überaus lehrreich ist diesfalls der Entwicklungsgang des gemeinen Rechts. Immer zahlreichere *defectus insanabiles* fand die mittelalterliche Doktrin bei dem schwerfälligen und komplizierten Verlaufe des *processus ordinarius*. Die schier unübersehbare Reihe derselben in dem erschöpfendsten Werke über diesen Gegenstand (Seb. Vantius: *tractatus de nullitatibus*, 1567) zeigt die gedachte Entwicklung auf ihrem Höhepunkte. Im kanonischen Gerichtsverfahren schuf die Clementine Saepe *contingit* c. 2 Clem. 5, 11 durch Einführung des *processus summarius* teilweise Abhilfe. Für den gemeinen Prozeß wurde das Übel aber erst mit dem J. R. A. 1654 (§ 122) an der Wurzel ergriffen, der nur „einen *defectus insanabilis* aus der Person des Richters oder der Partei oder aus den *substantialia processus*“ anerkannte, ohne freilich im letzteren Punkte eine nähere Begrenzung

Digitized by Google

formelle Rechtskraft die Nichtigkeit deckt. Auch in dem einzigen Falle, wo in diesem Stadium der Sache öffentliche Interessen mitberührt werden, nämlich bei Beteiligung ausgeschlossener Richter an Ausübung des Richteramts, entfällt die Nichtigkeit — zwar nicht mit Eintritt der Rechtskraft, wie bei anderen Nullitätsgründen — aber doch nach Ablauf einer längeren (zehnjährigen) Frist seither. Nur Nichtbeachtung des Abganges der Parteieneigenschaft und der Prozeßfähigkeit trotzt der Heilbarkeit für alle Zeit als gröbster Verstoß gegen das Parteiinteresse und zugleich gegen das Wesen einer Streitverhandlung, bewirkt aber trotzdem nicht *ipso jure* Unwirksamkeit des Urteils. Auch in diesem Falle bedarf es der Beseitigung der so spät entdeckten Nichtigkeit vermöge der außerordentlichen Rechtshilfe einer Nichtigkeitsklage (§ 534, II ZPO.) und ist, wie überall im modernen Rechte, die Geltendmachung der Nichtigkeit durch Einwendung oder Replik (gegen die Einrede der Rechtskraft) unzulässig.[3])

---

zu treffen, was zu neuem Wirrsal in der Praxis führte (vgl. die eingehende dogmengeschichtliche Darstellung bei Wetzell, System des ordentlichen Zivilprozesses, 1878, S. 789 ff.). Die zur Geltendmachung dieser Nullitätsgründe dienende, während einer dreißigjährigen Frist zulässige Nullitätsklage blieb der Josefinischen allgemeinen Gerichtsordnung fremd, trotz ihrer Erwähnung in der Überschrift des 25. Kapitels, was auf einem Redaktionsversehen beruhen mag. Das ältere, an diese Gerichtsordnung anknüpfende österreichische Prozeßrecht kannte nur eine remonstrative Nichtigkeitsbeschwerde wegen unheilbarer Nichtigkeit in zwei Fällen, nämlich wegen Ausschlusses des Rechtswegs und wegen mangelnder Prozeßfähigkeit oder gesetzlicher Vertretung (Ullmann, Das österreichische Zivilprozeßrecht, II. Aufl., S. 446).

[3]) Dies entspricht der Quasikontraktsnatur der römischrechtlichen Sententia (fr. 14 D. 42, 1). Als man jedoch in dem Urteile nur eine Emanation der richterlichen Autorität erblickte, erschien es folgerichtig, die Sententia so lange gelten zu lassen, bis sie förmlich durch eine Querela hinweggeräumt war (l. 3 C. 7, 43). Die kanonistische Doktrin, beherrscht von den Autoritätsbegriffen der scholastischen Philosophie und ausgehend von der in päpstlichen Dekretalen (c. 23 X 1, 6) ausgesprochenen Vermutung voller Gültigkeit formgerecht durchgeführter Prozeßhandlungen, forderte unter dem maßgebenden Einflusse italienischer Statutargesetzgebung (vgl. Skedl, Die Nichtigkeitsbeschwerde in ihrer historischen Entwicklung, 1886) stets ein *agere de nullitate*, sei es incidenter (im Rechtsmittelzuge), sei es principaliter (durch selbständige *Imploratio officii judicis;* so Innocentius IV. ad c. 2 X de off. jud. Nr. 2 in f., Durantis, *speculum lib. I de off. omn. judicum*, § 2, Nr. 4). Diese Gestaltung fand Aufnahme in den R. K. G. O. 1521 tit. 21, § 1; 1523 tit. 5, §§ 6, 7; 1555 III. 34, §§ 1, 2, 3 und entsprechende Verbesserung im J. R. A. 1654 (§§ 121, 122). Das Bindeglied

Digitized by Google

Ganz anders liegen die Dinge auf dem Boden des Verfahrens freiwilliger Gerichtsbarkeit. Hier obliegt dem Gerichte die Amtspflicht, in geeignetster Weise präventiven Rechtsschutz zu gewähren, daher unter den vom Gesetze vorgezeichneten Bedingungen und in den dort vorgeschriebenen Formen bei Begründung und Sicherung von Privatrechtsverhältnissen mitzuwirken, mag diese Beihilfspflicht des Gerichtes bloß gestattet, d. h. durch ein darum gestelltes Ansuchen bedingt, oder sogar geboten sein, d. i. von Amts wegen eintreten. In Konsequenz der hier herrschenden Ermittlungs- oder Forschungsmaxime soll das Gericht auf das Sorgfältigste bemüht sein, alles zu vermeiden, was die Gültigkeit des Verfahrens oder der Erledigung bedroht (§ 2 *in princ.* Pat.).

Der einzelne an dem Verfahren Beteiligte oder die mehreren, in Interessenharmonie stehenden Teilnehmer hieran haben keinen unmittelbaren Anlaß, um so minder eine vom Gesetze statuierte Obliegenheit, der Wahrung gesetzlicher Voraussetzungen und Formen eines Verfahrens ihre Aufmerksamkeit zuzuwenden, das von dem Gesichtspunkte amtswegiger Erforschung des rechtlich relevanten Tatbestands ausgeht und dessen Leitung einzig und allein in den Händen des Richters ruht.

Die Gesamtheit dagegen hat ein mächtiges Interesse daran, daß die dem Wohlfahrtszwecke der Verhütung künftig möglicher Rechtskränkungen dienenden Rechtseinrichtungen freiwilliger Gerichtsbarkeit verläßlich und nachhaltig funktionieren, weil ihr Wert sonst ein problematischer, wenn nicht gar ein illusorischer wäre. Schlug die im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit von dem Gerichte zu gewährende Mitwirkung bei der Schaffung und Ausgestaltung von Privatrechtsverhältnissen wegen unterlaufener Nichtigkeit in ihr Gegenteil um, bewirkte sie eben dadurch statt der vom Gesetze beabsichtigten Förderung geradezu eine Schädigung

---

zwischen dem gemeinen und dem österreichischen Prozeßrechte bildete in der Frage der Behandlung der Nichtigkeiten die Revision der „verneuerten" Landesordnung für Böhmen, 1627 (F. 75, 82) und der *Novellae declaratoriae* (1640; D XII), welche in dem gleichnamigen Rechtsmittel der R. K. G. O. 1555 III. 53, §§ 1, 5, 6, 10 ihr Prototyp hatte (vgl. meine Nachweisungen hierüber im Právník [böhmisch], 1873, S. 469 ff.). Die Josefinische Gerichtsordnung hielt an dem *incidenter agere propter nullitatem* im Rechtsmittelzuge fest (§§ 262—266) unter Statuierung der Pflicht der höheren Instanz, die Nichtigkeit von Amts wegen zu beachten (§ 265).

Digitized by Google

der beteiligten Privatinteressen und verfehlte sie damit gänzlich ihr Ziel, so muß von Gesetzes wegen Abhilfe geschaffen werden. Formelle Rechtskraft der in Erledigung des Verfahrens ergehenden Verfügung deckt hier nicht die Nichtigkeit des Verfahrens. Auch nach Ablauf der Beschwerdefrist kann wann immer Nichtigkeit Beachtung finden, wofern dies „noch ohne Nachteil eines Dritten" erfolgen kann (§ 11, II Pat.).

Nur das Rechtsinteresse „Dritter", also eines der Teilnehmer am Verfahren oder eines außerhalb desselben Stehenden bildet die Schranke zeitlich unbegrenzter Geltendmachung einer Nichtigkeit.

Die Stärke und Wirkung der Nichtigkeitsgründe kann im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit nicht immer die gleiche (absolute) und ihr Kreis kein so weitgesteckter sein, wie im Prozeßrechte. Nach dem Vorausgeschickten hat der an diesem Verfahren Beteiligte an der Wahrung aller unentbehrlicher Voraussetzungen und wesentlicher Formen gültigen richterlichen Vorgehens nicht jenes unmittelbare Interesse, wie die beiden Prozeßparteien im Streitverfahren. Im Gegenteil tritt hier das öffentliche Interesse in den Vordergrund und ändert sich damit der Standpunkt, den der Staat gegenüber der Nichtigkeit eines Verfahrens in beiden Gebieten der Gerichtsbarkeit einnimmt.

Der Staat, der an dem Ausfalle des einzelnen Rechtsstreits als solchem gar nicht, sondern nur daran, daß überhaupt eine endliche Regelung des Streitfalls durch Richterspruch — der Rechtsfriede — eintritt, interessiert ist, muß es — soweit das Verfahren außer Streitsachen in Betracht kommt — lebhaft wünschen und darum auch anstreben, daß die Rechtseinrichtungen im Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit in allen einzelnen Fällen den hieran Beteiligten die erwünschte Regelung und Festigung ihrer Rechtsbeziehungen bringen und nicht im Gegenteil versagen, weil sonst der hiemit für die Allgemeinheit intendierte Wohlfahrtszweck direkt geschädigt wird. Wurde jedoch ungeachtet unterlaufener Verfahrensmängel der angestrebte präventive Rechtsschutz erreicht, so soll die eingetretene Verletzung des formalen Rechts zu Gunsten der zweckmäßig gestalteten materiellen Rechtslage unbeachtet bleiben und die geschaffene ruhige Situation nicht unvorhergesehenen Störungen ausgesetzt werden. Die Nichtigkeitsgründe im Verfahren außer Streitsachen sind in diesem Sinne bloß relative, d. h. ihr Einfluß

Digitized by Google

auf die endliche Erledigung der Sache ist in jedem einzelnen Falle genau abzuwägen.

Nicht nur aus Rücksicht für die ungeschwächte Autorität der von Amts wegen alle Erhebungen leitenden gerichtlichen Organe und im Interesse der durch Nichtigerklärung benachteiligten einzelnen Teilnehmer, sondern vornehmlich im allgemeinen Interesse, daß das Vertrauen in das klaglose und einwandfreie Funktionieren der Rechtseinrichtungen freiwilliger Gerichtsbarkeit nicht erschüttert werde, sollen Verfahren und Verfügung trotz ihrer Mängel in Kraft bleiben, soweit es nur mit der Erreichung des angestrebten Zweckes der Rechtsfürsorge im einzelnen Falle vereinbar ist. Anderenfalls würde das Mittel über den Zweck gestellt.

Nur bei den gröbsten und weittragendsten Verstößen gegen die Bedingungen gültiger gerichtlicher Verhandlungen und Verfügungen tritt somit Nichtigkeit ein und soll nur dann ihre Wirkung äußern, wenn eine Gutmachung des Mangels undurchführbar ist.

Verletzungen des materiellen Rechts sind, wie im Prozesse, auch für das Verfahren außer Streitsachen kein Nichtigkeitsgrund, wie sich aus der Gegenüberstellung der „offenbaren Gesetzwidrigkeit" und der „Nullität" im § 16 Pat. zuverlässig schließen läßt. Nur formelle Nichtigkeitsgründe kennt auch dieses Gebiet der Gerichtsbarkeit.

Fälle der Verletzung des *jus clarum in thesi* wären beispielsweise die Versetzung unter Kuratel wegen hohen Alters oder eines Taubstummen wegen des ihm anhaftenden Gebrechens wider seinen Willen und ohne daß Blödsinn vorlag (§ 275 ABGB.).

Wenn von Nichtigkeit und Nichtigerklärung gesprochen wird, ist stets vorausgesetzt, daß in der äußeren Erscheinung ein Verhandeln und Verfügen vor Gericht vorlag, dem das Gesetz aus bestimmten Gründen die Anerkennung versagt.

Aufgabe der Wissenschaft ist es, die Fälle der Nichtigkeit strenge zu sondern von jenen völliger Bedeutungslosigkeit bloßer Scheinbilder eines Vorgehens bei Gericht, die das Gesetz als vereinzelt in der Praxis auftauchende Erscheinungen unberücksichtigt läßt, weil sie jeder rechtlichen Wirkung entbehren. Zu deren Beseitigung bedarf es keines besonderen prozessualen Rechtsbehelfes.[4]) Wann immer aber einer gerichtlichen Verfügung im

[4]) Gaupp-Stein, Kommentar zur deutschen Zivilprozeßordnung, S. 645; Planck, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, II. Bd., S. 566.

Digitized by Google

Bereiche freiwilliger Gerichtsbarkeit ein gesetzlicher Nichtigkeitsgrund anhaftet, ist er im gesetzlich gewiesenen Wege geltendzumachen, denn insolange nicht die Aufhebung einer Verfügung wegen ihrer rechtlichen Hinfälligkeit von dem übergeordneten Gerichte ausgesprochen wurde, knüpfen sich an sie alle ihre gesetzlichen Wirkungen. Die im Rechtsstaate hochzuhaltende Richterautorität gestattet zwar die Beseitigung ihrer Betätigung, sofern diese in gesetzwidriger Weise erfolgte, kann aber deren Ignorierung nicht dulden.

Einer ausdrücklichen Kraftloserklärung nichtiger Verfügungen bedarf es[5]), weil die österreichische Gesetzgebung die am Verfahren Beteiligten der Pflicht, eine Emanation der richterlichen Autorität zu respektieren, nicht entband, wenn ihr auch das Recht aus bestimmten Gründen die verbindliche Kraft entzieht.[6]) Bei der Nichtigerklärung ist nach dem Grundsatze: *utile per inutile non vitiatur* vorzugehen, d. h. alles, was gültig fortbestehen kann, unberührt zu lassen. Insoweit Sanierung möglich ist, soll im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit Kassation vermieden werden.

Wird nunmehr die Frage aufgeworfen, welche einzelnen Tatumstände Nichtigkeit des Verfahrens freiwilliger Gerichtsbarkeit bewirken, so kann unmöglich verkannt werden, daß der Abgang der im Prozeßrechte anerkannten Prozeßvoraussetzungen betreffs der am Verfahren teilnehmenden Personen *(nullitates ex persona judicis et procedentium)* für dessen Gültigkeit in beiden Gebieten richterlicher Amtstätigkeit verhängnisvoll sein muß, denn die Fähigkeit zur Ausübung der Gerichtsbarkeit und zum selbständigen Verhandeln vor Gericht unterliegt wesentlich gleichen Normen, mag es sich um ein Verfahren in streitigen oder außerstrittigen Rechtssachen handeln.

---

[5]) Auch im französischen Rechte gilt dieser Grundsatz, denn gegenüber den früher in den *pays de droit écrit* geltenden römischrechtlichen Grundsätzen gewann der Satz: *voies de nullité n'ont lieu en France!* die unbestrittene Alleinherrschaft. Er will besagen, daß eine Nullität weder eine *actio* noch eine *exceptio* gegen den Effekt der nichtigen Prozeßhandlung begründen kann, wenn diese nicht schon selbst durch richterlichen Spruch für nichtig erklärt wurde (Rauter im II. Bande der kritischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes, S. 258 ff.). Ein gegenteiliges Vorgehen würde „als Auflehnung der Partei gegen die richterliche Gewalt und als eine Handlung angesehen, wodurch sie sich selbst zum Richter über die Nullität erhebt."

[6]) Kleinfeller, Kritische Vierteljahrschrift, LXIII. Bd., S. 598 ff., äußert sich ähnlich mit Rücksicht auf das deutsche Reichsrecht.

Digitized by Google

1. Vor allem kommt als Nichtigkeitsgrund in Betracht die Teilnahme eines ausgeschlossenen oder gültig abgelehnten Richters an der Entscheidung (§ 477, Z. 1 ZPO.), zumal die hiefür maßgebenden Bestimmungen der JN. §§ 19, 20 für beide Gebiete des formellen Rechtes, soweit es Privatrechtsansprüche zum Gegenstande hat, Zeuge ihrer Einreihung im ersten, von der Gerichtsbarkeit im allgemeinen handelnden Teile der Jurisdiktionsnorm Anwendung finden, somit nicht für das nichtstreitige Verfahren *leges imperfectae* bleiben können.[7])

2. Der Mangel vorschriftsmäßiger Besetzung der Richterbank § 477, Z. 2 ZPO. muß gleichfalls Nichtigkeit in Sachen freiwilliger Gerichtsbarkeit bewirken. Daß es noch insbesondere § 83 GOG. als Nichtigkeitsgrund betont, „wenn der Senat nicht vorschriftsmäßig besetzt war", hat einen zufälligen Grund. Man wollte zeuge der Motive der Regierungsvorlage des Gerichtsorganisationsgesetzes (Nr. 1361 Beilage der stenographischen Protokolle des Abgeordnetenhauses, XI. Session, S. 35) die durch Aufhebung des § 156 der alten Gerichtsinstruktion vom 3. Mai 1853, Z. 83 RGBl. entstehende Lücke ausfüllen, da es sich um eine Vorschrift handelte, „die nicht bloß den inneren Dienst regelt, sondern das Verfahren selbst betrifft". Aus der Anordnung des § 38, I GOG., daß der Senat, sofern er ein ständiger ist, aus Referenten für Gerichtsbarkeit außer Streitsachen zusammenzusetzen ist, diese aber stimmführende Mitglieder des Gerichtshofes sein müssen, folgt unzweifelhaft, daß bloße richterliche Hilfsbeamte nicht mit dem Referate in außerstreitigen Angelegenheiten gültig betraut werden können, trotzdem § 3 des gedachten Gesetzes ihre Verwendung bei „allen jenen Geschäften des außerstreitigen Verfahrens, welche nicht eine richterliche Entscheidung enthalten", zuläßt.

3. Außer Diskussion steht die Anwendbarkeit des Nichtigkeitsgrundes des Ausschlusses des Rechtsweges, d. h. der

[7]) Soweit die Amtstätigkeit eines Notars als *judex chartularius* in Frage kommt, bewirkt das amtliche Einschreiten in Fällen seiner eigenen Beteiligung oder der Begünstigung seiner selbst oder naher Angehöriger für die betreffende Notariatsurkunde ihrem ganzen Inhalte nach (nicht etwa nur in den einschlägigen Stellen) die Einbuße der Kraft einer öffentlichen Urkunde (§ 33 NO.). Die Bestellung zum Gerichtskommissär in einer bestimmten Angelegenheit benimmt dem Notar nicht die Berechtigung zur Aufnahme eines Notariatsakts bei diesem Anlasse (§ 191 NO. ex 1855), wohl aber die Befugnis zur Übernahme einer Bevollmächtigung hiebei (NO. 1855, § 186; ME. vom 15. Oktober 1855, Z. 13.938; NO. § 5).

Digitized by Google

Angehörigkeit der Sache dem Administrativverfahren (§ 477, Z. 6 ZPO.), mag deren Verhandlung und Regelung bei Gericht im Prozeß oder im nichtstreitigen Verfahren erfolgt sein. Einen schlagenden Beleg bietet hiefür § 42 JN., dem gemäß die Gerichte aller Instanzen bei Entdeckung dieses Umstandes sofort die Nichtigkeit des vorangegangenen Verfahrens durch Beschluß auszusprechen haben, und sogar die Reszission des rechtskräftig abgeschlossenen Verfahrens vom Obersten Gerichtshofe auf Antrag der obersten Administrativbehörde (Zentralstelle, beziehungsweise Landesausschuß) einzutreten hat, weil hiebei öffentliche Rücksichten, nämlich die Wahrung des im Art. XIV des Staatsgrundgesetzes über die richterliche Gewalt niedergelegten Grundsatzes strenger Scheidung der Ausübung richterlicher Gewalt und Verwaltungstätigkeit ins Spiel kommen. Nichtig sind ferner im Sinne dieser gesetzlichen Bestimmung (§ 42 JN.) Erledigungen außerstrittiger Sachen im Prozeßverfahren oder umgekehrt streitiger Rechtsansprüche im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit, soweit im letzteren Falle nicht ausdrücklich der Prozeßweg verschränkt ist.

Reszission eines rechtskräftig abgeschlossenen Verfahrens durch den Obersten Gerichtshof kann freilich nicht Platz greifen, wenn Prozeßsachen im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit ihre endgültige Regelung gefunden haben. Denn § 42 JN. erklärt im letzten Absatze nur den 1. und 3. Absatz dieser Gesetzesstelle im fraglichen Falle für anwendbar, nicht auch den Absatz 2, der von dieser Reszission handelt.

4. Die endliche Erledigung der Rechtsangelegenheit von einem Gerichte, das auch durch ausdrückliche Parteienvereinbarung nicht zuständig gemacht werden kann, z. B. unmittelbar von dem Gerichte II. Instanz (§ 477, Z. 3 ZPO.) ist im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit um so eher Nichtigkeitsgrund, zumal hier eine Prorogation überhaupt unzulässig ist, zeuge der Vorschrift § 2, Z. 1 Pat. und der Einreihung sowie des Wortlautes des § 104 JN. Sachliche Unzuständigkeit entzieht eben dem gerichtlichen Ausspruche den Charakter gültiger amtlicher Betätigung.[8])

[8]) Es darf aber nicht unbeachtet bleiben, daß nach § 45 JN. Entscheidungen eines Gerichtshofes erster Instanz über seine sachliche Zuständigkeit nicht deshalb angefochten werden können, weil für die Rechtssache die Zuständigkeit eines Bezirksgerichts begründet ist. Diese Bestimmung kann mit Rücksicht auf den Wortlaut und ihre Einreihung im ersten, allgemeinen Teile der Jurisdiktionsnorm

Digitized by Google

5. Da die Frage, welche „Personen vor Gericht zu stehen nicht berechtigt sind“ (§ 2, Abs. 2 Pat.) für außerstrittige Rechtssachen nach den „allgemeinen Vorschriften über die Erfordernisse rechtsgültiger Verhandlungen“ (§ 2 princ. Pat.) zu lösen ist, muß Prozeßunfähigkeit der Beteiligten, beziehungsweise mangelnde gesetzliche Vertretung derselben (§ 477, Z. 5 ZPO.) in allen jenen Fällen die Ungültigkeit der gepflogenen Verhandlung im Gefolge haben, in welchen das Gesetz nicht ausnahmsweise die Anregung der Einleitung des Verfahrens oder die Einvernahme von „gerichtstandsunfähigen“ Personen für zulässig erklärt. Zweifelsohne muß somit eine Erbserklärung oder der Erbverzicht eines nicht eigenberechtigten, unvertretenen Erben zur Aufhebung der Einantwortungsurkunde führen (Sammlung der Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes, Neue Folge V, Nr. 2032).

Hieher zählt aber auch der Mangel der etwa erforderlichen besonderen Ermächtigung, — wie sich aus § 7 ZPO. zweifellos ergibt — trotzdem er nicht im § 477, Z. 5 ZPO. hervorgehoben wird, insbesondere der Ermächtigung seitens der Vormundschafts- oder Pflegschaftsbehörde, z. B. zu einem gerichtlichen Vergleiche über zweifelhafte Rechte neben jener der Abhandlungsinstanz § 27 Pat. oder zum Abschlusse eines Vertrages über Mündelgut in Notariatsaktsform §§ 192, 219 Pat., § 52 NO. Zu Tage liegt schließlich, daß alles Verhandeln durch einen *falsus procurator* nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen im Hinblicke auf § 2, Z. 3 Pat. nichtig ist.

Nicht so leicht, wie die Statuierung der mit Rücksicht auf die im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit auftretenden Personen aufzustellenden Nichtigkeitsgründe, ist die Festsetzung der *nullitates ex procedendo et diffiniendo*, weil Detailvorschriften mangeln. Insbesondere handelt es sich hier um die Würdigung der Bedeutung von Verletzungen der das Verfahren beherrschenden Grundsätze, d. i. der in verschiedenen gesetzlichen Einzelnbestimmungen verkörperten Grundgedanken, die ihren allgemeinen

---

nicht auf Rechtsstreitigkeiten allein bezogen werden. Sachlich ist sie vollends gerechtfertigt, durch die in den Motiven der Regierungsvorlage der Jurisdiktionsnorm (Beilage Nr. 687 zu den stenographischen Protokollen des Abgeordnetenhauses, XI. Session, S. 65) hervorgehobene Erwägung, daß in den objektiven Garantien der Erledigung der Sache sicherlich keine Minderung eintritt, wenn an Stelle eines Einzelrichters ein dreigliedriger Senat die Verfügung trifft.

Digitized by Google

Ausdruck im Gesetze nicht gefunden haben. Selbstredend hat die Verschiedenheit in den, das Verfahren beherrschenden Grundsätzen zur Folge, daß von einer Verletzung der Mündlichkeit und Öffentlichkeit des Verfahrens, die im Prozesse Nichtigkeit verursacht (§ 477, Z. 7, 8), hier keine Rede sein kann. Insbesondere zieht die Nichtbeobachtung gesetzlich gebotener Protokollareinvernahme und Abforderung schriftlicher Ausweise bei Verlaßabhandlungen (§ 152, III Pat.) keine Nichtigkeitsfolge nach sich.

6. Wie aber im Prozeßverfahren die Verletzung des Grundsatzes gleichen rechtlichen Gehörs beider Parteien, d. i. die durch ungesetzlichen Vorgang verschuldete Entziehung der Möglichkeit, vor Gericht zu verhandeln, Nichtigkeit bewirkt (§ 477, Z. 4), muß im Gebiete freiwilliger Gerichtsbarkeit das vom Gerichte verschuldete gänzliche Unterbleiben einer Vernehmlassung einzelner Beteiligter[9]) die gleiche Rechtsfolge äußern (§ 2, Abs. 4 Pat.), z. B. die Unterlassung der Aufforderung eines der „vermutlichen Erben" (§ 75 Pat.) zur Erbserklärung.[10])

In Fällen, wo sogar die Zustimmung aller Teilnehmer erforderlich ist, bewirkt irrtümliche Annahme einhelliger Beistimmung Nichtigkeit der Verfügung, die unter dieser irrigen Voraussetzung erfolgte (§ 2, Abs. 4 Pat.)[11])

Nicht zu übersehen ist, daß trotz der zur Amtspflicht gestempelten Obliegenheit des Richters, in Sachen freiwilliger Gerichtsbarkeit für die erschöpfende Feststellung des Tatbestandes durch umfassende Erhebungen zu sorgen (§ 2, Z. 5 Pat.), dennoch Verletzungen dieser Pflicht keineswegs unter den Gesichtspunkt der Nichtigkeit fallen. Versäumnisse des unteren Richters in

---

[9]) Vor Verhängung der Kuratel wegen Verschwendung ist die Vernehmung des angeblichen Verschwenders unbedingt geboten (E. Z. 7337 der Sammlung Unger-Glaser-Walther).

[10]) In diesem Sinne ergingen die Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes Z. 1669, 4261, der in der vorstehenden Anmerkung zitierten Sammlung.

[11]) Eine kridamäßige Verteilung des Nachlasses im Zuge der Verlaßabhandlung (§ 73 Pat.) ist nur mit Zustimmung aller Beteiligter, also nur im Einvernehmen der Nachlaßgläubiger tunlich (Entscheidung des Obersten Gerichtshofes Z. 1515 der zitierten Sammlung, Neue Folge). Dagegen genügt gemäß § 635 ABGB. und 229 Pat. nur Einvernahme der Anwärter vor Erteilung eines Konsenses zur Fideikommißeinschuldung und bedarf es nicht ihrer Zustimmung (E. Z. 6253 der zitierten Sammlung).

Digitized by Google

dieser Richtung hat jedoch das übergeordnete Gericht als Rekursinstanz durch Aufhebung der auf einer lückenhaften Verhandlung fußenden Verfügung und durch Anordnung ihrer Ergänzung auch von Amts wegen wettzumachen (§ 2, Abs. 5 Pat.), während im Prozesse das Berufungsgericht hiezu nur zufolge eines diesfälligen Berufungsantrages (§ 496, Z. 2, 3 ZPO.) berechtigt wäre.[12]) Auch kann es nicht als Nichtigkeitsgrund erachtet werden, daß der Richter zwischen mehreren zur Wahl gestellten Wegen der gründlichen Erhebung des Tatbestandes einen minder geeigneten statt eines verläßlicheren wählte, wenn nur auf diesem Wege gründliche Erhebungen zureichende Resultate zu Tage förderten.

Am schwierigsten ist die Lösung der Frage, wann die den Abschluß des Verfahrens bildende gerichtliche Verfügung an sich der Nichtigkeit verfällt.

7. Offenbar trifft dies zu, wenn eine in sich widerspruchsvolle[13]) oder derart mangelhafte Enderledigung erfloß, daß deren Überprüfung mit Sicherheit nicht vorgenommen werden kann, d. i. daß deren Überprüfung überhaupt, für jedermann, auf den ersten Blick als unausführbar sich darstellt (Klein, Vorlesungen, S. 240) (§ 477, Z. 9 ZPO.). Es ergibt sich dies nicht bloß aus dem Wesen und der Bestimmung einer Enderledigung vor Gericht gepflogener Verhandlungen, sondern auch aus der Analogie der ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung (§ 2, Z. 11 Pat.), daß das Gericht bei Vertragsabschlüssen, die gerichtlicher

[12]) Klein, Vorlesungen, S, 259.

[13]) Der Widerspruch muß im Prozesse die Entscheidung an sich betreffen, d. h., es muß ein Widerstreit zwischen gleichzeitig in derselben Sache ergangenen richterlichen Aussprüchen selbst bestehen. Ein Widerspruch zwischen der aktenmäßigen Feststellung des Verhandlungsstoffs und dem richterlichen Ausspruche ist nur Berufungsgrund (analog § 503, Z. 3 a contr. §§ 503, Z. 1, 477, Z. 9 ZPO.), im Verfahren außer Streitsachen Beschwerdegrund §§ 9, 16 Pat. Ein offenbarer Widerspruch zwischen dem mündlich verkündigten und schriftlich ausgefertigten Richterspruche kann durch ein Begehren um Urteilsberichtigung (§ 419 ZPO.) saniert werden, wenn die Diskrepanz aus der Vergleichung des Verhandlungsprotokolls (§ 208, Z. 3 ZPO.) mit der Urteilsausfertigung hervorgeht; sonst erübrigt wegen der hierin liegenden flagranten Verletzung der Richterpflicht nur die Justizverwaltungsbeschwerde (§§ 1, 75 GeschO.). Da im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit die mündliche Verkündigung der getroffenen Verfügung nie eintritt, kann der letztere Fall einer Diskrepanz bei Betätigung richterlicher Entscheidungspflicht sich nicht ergeben.

Digitized by Google

Genehmigung unterliegen, auf vollständige und klare Fassung der Abmachungen bedacht sein soll, somit um so mehr bei Emanationen seiner Verfügungsmacht deutliche und präzise Textierung nicht außer Acht lassen darf. Verfügungen völlig unklaren Inhaltes sind unausführbar, in höherer Instanz unüberprüfbar, für die Parteien zwecklos; sie regen neue Zweifel an, deren Behebung neuerliche Kosten veranlaßt. Unüberprüfbar sind insbesondere auch Erledigungen, denen nicht genau entnommen werden kann, welche konkrete Rechtssache sie betreffen; Genauigkeit in diesem Punkte ist erforderlich, um Verwechslungen mit ähnlichen Rechtsangelegenheiten derselben Beteiligten und Verwirrung für die Zukunft hintanzuhalten. Wie im Prozeßverfahren (§ 477, Z. 9 ZPO.) wird es auch hier Pflicht des übergeordneten Gerichtes sein, die Berichtigung einer derartigen Verfügung der ersten Instanz aufzutragen, wenn dieser Mangel im rechtzeitig eingeleiteten Rechtsmittelverfahren oder bei Nichtbeteiligung Dritter (§ 9 Pat.) auch später zur Kenntnis der höheren Instanz gelangt.

Unvollständigkeit der Verfügung ihrem wesentlichen Inhalte nach, d. i. rücksichtlich der endlichen Erledigung des Antrages, begründet keine Nichtigkeit; vielmehr wie im Prozesse die Zulässigkeit des Begehrens um nachträgliche ergänzungsweise Stattgebung des Antrages in erster Instanz (§§ 423, 430 ZPO.) oder im Rechtsmittelzuge (§ 496, Z. 1 ZPO.). Fehlt es an einem diesfälligen Begehren, so ist von der höheren Instanz von Amts wegen der entsprechende Ergänzungsauftrag zu erlassen (§ 2, Abs. 10 Pat.).

Mangelnde Begründung der getroffenen Verfügung hat abweichend vom Prozeßrechte[14]) (§ 477, Z. 9 ZPO.) keine Nichtig-

[14]) Im Prozeßrechte wurde das Fehlen einer Begründung der einzelnen konkreten Entscheidung (nicht also nur einer solchen überhaupt) als Nichtigkeitsgrund erklärt, weil dadurch die Überprüfung des Urteils unmöglich gemacht wird. Deshalb wurde auch schon die Mitteilung der wesentlichsten Entscheidungsgründe, § 414 II ZPO. (darunter wohl auch aus dem Gesichtspunkte der Beweiswürdigung, § 272 III ZPO.), bei der mündlichen Urteilsverkündigung und die Aufnahme vollständiger Begründung des Richterspruchs in die Urteilsausfertigung (§ 417, Z. 5 ZPO.), vom Gesetze verfügt. Der Mangel einer erschöpfenden oder entsprechenden Würdigung des Prozeßstoffes, soweit er erheblich war, wird lediglich aus dem Gesichtspunkte unrichtiger rechtlicher Beurteilung der Sache für die Berufung maßgebend sein und nur Urteilsabänderung, keineswegs aber Aufhebung des Spruches zur Folge haben können.

Digitized by Google

keitsfolgen, selbst nicht bei abweislichen Verfügungen[15]), trotzdem sie in diesem Falle geboten ist (§ 2, Z. 8 Pat.). Es ergibt sich dies daraus, daß dem Gerichte bei Zurückweisung einer Vorstellung gegen die getroffene Verfügung und Verweisung auf letztere die Pflicht auferlegt wird, den Beschwerdeführer über die für eine ungünstige Erledigung des Ansuchens maßgebenden Gründe zu belehren, wenn es bisher nicht geschehen wäre (§ 9 Pat.). Es besteht eben keine unbedingte Aufklärungspflicht des Gerichtes gegenüber den Beteiligten über die Motive getroffener Verfügungen, seien sie nun wirtschaftlicher oder rechtlicher Natur.

Die unterbliebene Bekanntgabe der Gründe für eine dem Ansuchen stattgebende Verfügung kann um so weniger deren Nichtigkeit bewirken, weil hier die Begründung mangels eines hievon berührten Gegners weder erforderlich, noch auch geboten ist. Nur zur Rechtfertigung der Verfügung für den inneren Amtsbereich sollen die Gründe, welche den Richter zur Genehmigung von Verträgen im Interesse von Mündeln oder von Pflegebefohlenen bestimmten, dem Entwurfe des gerichtlichen Konsenses beigefügt werden (§§ 187, 219 Pat.). Durch diese Maßregel wird das genehmigende Gericht zur Selbstkontrolle veranlaßt und genötigt, sich alle entscheidenden wirtschaftlichen und rechtlichen Momente vor Augen zu halten. Es wird aber damit auch der Aufsichtsbehörde die instanzliche Kontrolle bei den periodischen Untersuchungen der ihr unterstehenden Gerichte betreffs der materiellen Seite der Geschäftsbehandlung ermöglicht (§ 75 GOG., § 410 GeschO. für Gerichte, Formulare 106, V, lit. r). Verletzung der Dienstpflicht in dem berührten Punkte kann disziplinäre, aber keine formellrechtlichen Rechtsfolgen äußern.

Der Umstand, daß eine Verfügung über Gegenstände außer Streitsachen an einem Ferialtage getroffen wurde, zieht nach ausdrücklicher gesetzlicher Weisung keine Nichtigkeit nach sich (§ 7 Pat.).

Gleichzeitige Anhängigkeit einer und derselben Rechtsangelegenheit bei zwei Gerichten und vorgängige endgültige Erledigung der neuerlich anhängig gewordenen Sache sind, wie im Streit-

[15]) Schon nach dem HfD. vom 30. Mai 1781 (Josefs II. Ges., I. Bd., S. 15) waren nur die Motive abweisender Erledigungen (in Untertanssachen) bekanntzugeben.

Digitized by Google

verfahren (§ 475, Abs. 3 ZPO.), auch im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit Hindernisse einer abermaligen Verhandlung und Erledigung und demgemäß Aufhebungsgründe der gleichzeitigen oder nachträglichen Doppelerledigung (§§ 233, 240, 411 ZPO.; § 2 Pat. in princ.) von Amts wegen.

Wie im Streitverfahren, so sind auch in Angelegenheiten außer Streitsachen stets nur grobe Verstöße rücksichtlich der Formulierung gerichtlicher Erledigungen Nichtigkeitsgrund, niemals Verletzungen der Richterpflicht bezüglich deren Inhaltes. Vornehmlich kommt in letzterer Rücksicht Aktenwidrigkeit der Verfügung und Überschreitung des gestellten Ansuchens bei der Erledigung in Betracht. In ersterer Beziehung bestätigt die Anordnung des § 16 Pat. die eben aufgestellte Behauptung, da dort die Aktenwidrigkeit der Nichtigkeit als besonderer Beschwerdegrund gegenübergestellt wird. In letzterer Hinsicht ist zu erwägen, daß sogar das von der Dispositionsmaxime beherrschte Prozeßrecht den Spruch *ultra petitum* nicht als nichtig, sondern nur als beschwerend erachtet, was um so mehr für das Verfahren außer Streitsachen gelten muß, für welches „die allgemeinen Vorschriften über die Erfordernisse gültiger Verhandlungen und Verfügungen" festzuhalten sind (§ 2 princ. Pat.), zumal wenn nicht außer Acht gelassen wird, daß in diesem Gebiete der Gerichtsbarkeit das Begehren des Beteiligten nicht immer ausschließlich richtunggebend ist (§ 2, Z. 10, 11 Pat.).

Ungültigkeit des von der Pflegschaftsbehörde genehmigten Rechtsgeschäftes wegen rein materiellrechtlicher Gründe ist kein Nichtigkeitsgrund der genehmigenden Verfügung; vielmehr nur Grund zur Beschwerde wegen unrichtiger Rechtsanwendung (§ 865 ABGB.). Ist die Rekursfrist versäumt, so kann im Rechtsmittelwege Abhilfe nicht erlangt werden, weil dem verspäteten Rekurse zum Nachteile eines Dritten, d. i. des Mitkontrahenten nicht Folge gegeben werden kann (§ 11, II Pat.). Im Rechtswege ist sodann die Ungültigkeit des Rechtsgeschäftes, nicht aber etwa des erteilten Konsenses, geltendzumachen. Mit der Hinfälligkeit des Vertrages fällt von selbst dessen pflegschaftliche Genehmigung.

Anlangend die Geltendmachung der Nichtigkeit von Seiten der am Verfahren Beteiligten ist auf die unten folgenden Ausführungen über das Rechtsmittelverfahren zu verweisen.

Digitized by Google

Insofern aber die Stellung des Gerichtes in Betracht kommt, ist zu bemerken, daß es Amtspflicht der übergeordneten Gerichte in beiden Gebieten der Gerichtsbarkeit ist, alle bei Erledigung erhobener Rechtsmittel entdeckte, jedoch nicht geltend gemachte Nichtigkeiten zu berücksichtigen (§ 471, Z. 7, 513 ZPO.). Für das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit muß diese Pflicht aus der den Gerichten ohne Unterschied der Instanz im § 2 Pat. auferlegten Obliegenheit gefolgert werden, für die Einhaltung eines gültigen Verfahrens zu sorgen, sowie aus der Zulässigkeit einer Beschwerde an den Obersten Gerichtshof gegen die obergerichtliche Bestätigung erstinstanzlicher Verfügungen „wegen begangener Nullität“ (§ 16 Pat.), d. i. auch wegen deren Nichtbeachtung in der zweiten Instanz.

Digitized by Google

XVII. Kosten des Verfahrens.

Die Kosten des Verfahrens betreffend, ist es klar, daß der schon im römischen Kaiserrechte (Zeno, l. 5 C. VII, 5) ausgesprochene Satz: *victus victori in expensas condemnandus* (§ 41 ZPO.) mangels eines Gegners im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit keine Anwendung leidet. Dies hat der Oberste Gerichtshof mit der ins SpR. Nr. 158 aufgenommenen Entscheidung für das Verfahren bei lastenfreier Grundabtrennung ausdrücklich anerkannt. Hier kann bloß von einer Kostentragungspflicht und nur ausnahmsweise von einer Kostenerstattungspflicht die Rede sein. Als Grundsatz gilt, daß die Kosten von den Beteiligten, in deren rechtlichem Interesse die Amtshandlung erfolgte, zu tragen sind, beispielsweise die Kosten für die Errichtung des Inventars bei Fideikommißerledigungen und Substitutionserbschaften von demjenigen, der den Genuß dieser Güter erwirbt (§§ 111 II, 226 Pat.), oder bei der Grenzerneuerung von den darum ansuchenden Eigentümern der Grenzstücke (§ 850 ABGB.) nach Verhältnis der Grenzlinien.[1])

Eine Modifikation ergibt sich, wenn das Gesetz bestimmte Auslagen als eine Last des Vermögens erklärt, bei dessen Abhandlung sie erwuchsen, wie insbesondere Inventurskosten oder Einrückungsgebühren für die bei Verlassenschaftsabhandlungen erlassenen Edikte (§§ 111, 132 II Pat.) und die von dem Fideikommißvermögen zu entrichtenden Gerichtskosten bei Abhandlung der Verlassenschaft des Fideikommißstifters (§ 226 Pat.).

Für den Regelfall kann sich auf die gemäß AE. vom 21. Juni 1854 erlassene Verordnung der Minister des Innern, der Justiz und der

---

[1]) Die oberstgerichtliche Entscheidung Z. 12.514 der oben zitierten Sammlung anerkennt ausdrücklich die Kostenpflicht aller teilnehmenden Nachbarn, wenn sie nur der Grenzerneuerung zustimmten. Eine Verwahrung gegen die Kostenpflicht trotz prinzipieller Zustimmung zur Amtshandlung ist bedeutungslos.

Digitized by Google

Finanzen vom 3. Juli 1854, Z. 169 RGBl., § 24, als Stütze berufen werden, welche verfügt, daß die Vergütung der Kommissionskosten, Zustellungsgebühren u. ä. in der Regel derjenigen Partei obliegt, welche durch ihr Einschreiten[2]) die behördliche Anordnung veranlaßt hat (Art. XXXIV ZPO. und § 369 GeschO.).

Ausnahmen von diesem die Regel bildenden Interessenprinzip betreffs der Kostentragungspflicht beruhen auf dem Schuldprinzip und treffen zu in zwei Fällen:

1. Für Kosten, die säumige oder pflichtvergessene gesetzliche Vertreter verschuldeten (z. B. wenn eine Kuratorsbestellung nach §§ 19, 120 Pat. notwendig wurde), haben diese selbst schon nach den Bestimmungen des ABGB., §§ 264, 282 aufzukommen.

2. Die Kosten eines nichtigen Verfahrens trägt bei offenbar grobem Verschulden das Gericht, unter Vorbehalt des Rekurses gegen die diesfällige Auflage von seiten des übergeordneten Gerichts (§ 15 Pat.). Es gilt somit im wesentlichen diesfalls der gleiche Grundsatz, welcher aus dem *Code de procédure* (Art. 132) betreffs der gesetzlichen Vertreter und aus dem älteren Rechte (HfD. vom 11. September 1787, Z. 716 JGS.) rücksichtlich des Gerichtes in die Zivilprozeßordnung (§§ 49, 51) Eingang fand.

Der Gesichtspunkt des Handelns auf eigene Gefahr wird für die Kostenerstattungspflicht maßgebend bleiben in den, dem Rechtswege entzogenen Streitfällen, vorbehaltlich der Beilegung von Mißhelligkeiten zwischen Ehegatten oder auch zwischen Eltern und Kindern. Die analoge Anwendung der dem Sachfälligen den Kostenersatz auferlegenden Vorschrift des § 41 ZPO. ergibt sich hier aus dem Wesen der Sache. Ausdrücklich wird der Kostenzuspruch verfügt im Eisenbahnexpropriationsgesetz (§ 44) und im Notwegegesetz (§ 25), wobei die sachentsprechende Einschränkung gemacht wird, daß der Ersatz von Kosten, die durch ein ungerechtfertigtes Einschreiten eines Beteiligten verursacht wurden, nicht beansprucht werden kann.[3]) Ähnlich hat wohl auch die Kosten

[2]) Schon im kanonischen Rechte galt der Grundsatz: *omnia fiunt sumtibus petentis* (c. 11, § 4 VI. 1, 3).

[3]) Die Plenissimarentscheidungen des Obersten Gerichtshofes Nr. 1860 und 1895 (Pfaff-Schey-Krupský, Neue Folge, V. Bd.) unterscheiden mit Rücksicht auf die Nichterwähnung der Interventionskosten im § 44 zit. betreffs der Kostenvergütung. Die durch Beiziehung eines Rechtsfreundes oder Beirates erwachsenen Kosten sollen nur im Verfahren wegen Einräumung eines Notweges

Digitized by Google

der Einvernahme bei Bestimmung des, erst in dem Kautionshypotheksansuchen angegebenen Höchstbetrages (§ 14 GrdBO.), dessen Minderung angestrebt wird, derjenige, gegen den die Entscheidung ausfällt, zu tragen und in Pränotationsfällen bei Zweifeln über die Offenhaltung der Vormerkungsfrist, die anläßlich des Löschungsbegehrens hervorkamen (§ 45 II GrdbO.), der Vormerkungswerber selbst.[4])

Ein Armenrecht im Sinne der ZPO. § 63 ist für das Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit nur insoweit anerkannt, als „arme" Beteiligte die persönliche Gebührenfreiheit genießen (KaisV. vom 26. Dezember 1897, Z. 305 RGBl., § 13; Vdg. des FM. vom 28. Dezember 1897, Z. 306 RGBl., § 9) und Notare in ihrer Eigenschaft als Gerichtskommissäre für Todesfallaufnahmen bei Verlassenschaften eines minderen als 200 *K* betragenden Inventarswerts keine Gebühr beanspruchen können (§ 27, Tarif zur NotO. vom 21. Mai 1855; Art. II EG. zur NotO. vom 25. Juli 1871).

Der Mangel einer Armenvertretung wird sich nicht fühlbar machen in einem Verfahren, in welchem das Gericht von Amts wegen nach Recht und Wahrheit zu forschen hat und keine für die Sicherheit der Teilnehmenden nötige Vorsicht vernachlässigen darf, vielmehr Rechts- und Geschäftsunkundige bei Abschließung der Verträge unter gerichtlicher Ingerenz in jeder Richtung unterstützen muß (§ 2, Z. 5, 10, 11, 189 Pat.).

---

und der hiefür zu leistenden Entschädigung, keineswegs aber im Enteignungsverfahren für öffentliche Eisenbahnen bei Verhandlung über die Entschädigung zugesprochen werden. Wird bedacht, daß § 30 des EisenbExprG. den Rechtsweg gegen die im außerstrittigen Verfahren erfolgte Bestimmung des Entschädigungsbetrages ausschließt und nur ein Rekursrecht gewährt, so scheint mit Rücksicht auf das Wesen dieses Rekurses (vgl. Abschnitt XIX, Anm. 3) die Zuziehung eines Rechtsfreundes geboten und wenigstens ein Zuspruch der Rekurskosten gerechtfertigt, wenn erwogen wird, daß in der Bestimmung des § 520 ZPO. die legislative Tendenz zu Tage tritt, schriftliche Rekurse selbst in minderen Rechtssachen rechtsfreundlicher Beihilfe vorzubehalten.

[4]) Mit Recht hat die Plenissimarentscheidung des Obersten Gerichtshofes Nr. 1880 (Pfaff-Schey-Krupský, Neue Folge, V. Bd.) den Zuspruch der Kosten des Löschungsansuchens und der Verhandlung hierüber nach den Grundsätzen über das Handeln auf eigene Gefahr und die Haftung für die Folgen solchen Handelns für gerechtfertigt erklärt. Vgl. über die grundsätzliche Auffassung der Kostenerstattungspflicht aus diesem Gesichtspunkte Josef Ungers geistreiche Ausführungen in der Schrift: Handeln auf eigene Gefahr, II. Aufl., S. 112.

Digitized by Google

XVIII. Erledigung des Verfahrens durch Verfügung.

Es erübrigt dessen zu gedenken, auf welchem Wege in Verhandlung stehende Rechtssachen bei Gericht ihren meritorischen Abschluß finden.

Die endliche Regelung einer bei Gericht anhängigen streitigen oder außerstreitigen Rechtsangelegenheit kann in zweifacher Weise erfolgen: entweder durch Betätigung richterlicher Amtsgewalt, nämlich durch einen Spruch, beziehungsweise eine Verfügung des Gerichts, oder durch Privatwillen mittels einer zwischen den Beteiligten zu stande gekommenen Vereinbarung, die schließlich auch zur Beilegung eines Streits durch das Los führen kann (§ 1273 ABGB.). Die Entscheidung eines Rechtsstreits erfolgt durch Urteil den Parteianträgen gemäß und in deren Grenzen (§§ 405, 235 ZPO.) nach strengem Rechte, ausnahmsweise durch Teilurteil, wenn einzelne der neben- oder gegeneinander geltend gemachten Klagsansprüche früher zur Entscheidung reif wurden (§ 391 ZPO.). Im Hinblicke auf die im § 228 ZPO. gemachte Unterscheidung der Klagen nach dem Klagsantrage sind Leistungs- und Feststellungsurteile[1]) zu unterscheiden, welch letzteren auch ausnahmsweise in der Form von Zwischenurteilen (§ 393) ergehen können. Inwieweit neben diesen Urteilen deklarativen Charakters solche rechtsschaffender (konstitutiver) Bedeutung anzuerkennen sind, gehört zu den bestrittensten Fragen des modernen Prozeßrechts. Für die Entscheidung des Rechtsstreites maßgebende privatrechtliche Vorfragen kann das Prozeßgericht trotz der Anhängigkeit eines selbständigen Rechtsstreites hierüber für seinen eigenen Bedarf allein und davon unabhängig entscheiden (§ 190 ZPO.).

[1]) Auf die in der jüngsten Prozeßliteratur lebhaft erörterte Frage, ob als weitere Type eine besondere Bewirkungsklage aufzustellen ist (vgl. Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses, 1903, I., S. 49, 393; Langheinecken, Urteilsanspruch, S. 220), einzugehen, ist hier nicht der Ort.

Digitized by Google

Das Gericht darf von seiner, selbst in Abwesenheit der Streitteile mündlich verkündeten Entscheidung nicht mehr abgehen, bleibt vielmehr an sie gebunden (§ 416 ZPO.). Um so minder kann der Senatsvorsitzende durch Sistierung des Senatsbeschlusses ein gefälltes, wenn auch noch nicht verkündetes Urteil beheben, trotzdem es seiner Meinung nach ganz gesetzwidrig ist (§ 12 JN.). Eine Urteilsänderung wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung der Sache kann nur in höherer Instanz infolge erhobener Berufung eintreten (§§ 461, 497 ZPO.). Auch Beschlüsse dürfen in der Regel nur in der Rechtsmittelinstanz zufolge ergriffener Beschwerde Abänderung finden. Ausnahmen gelten bei prozeßleitenden Beschlüssen und bei Strafverfügungen wider Zeugen und Sachverständige, endlich bei Verweigerung oder Entziehung des Armenrechts, in welchen Fällen das Gericht dem Rekursbegehren selbst stattgeben kann (§ 522 ZPO.).

Aus der Rechtsstellung des beauftragten Richters zum Senate, als dessen Organ er tätig ist, und aus dem Verhältnisse des Vorsitzenden zu dem seiner Leitung zugewiesenen Senate folgt, daß gegen Verfügungen der genannten Gerichtsorgane ein Rekurs erst dann statthaft ist, wenn die Abänderung des Beschlusses früher beim Gerichtshofe ohne Erfolg beantragt wurde (§ 516 ZPO.).

Eine Überprüfung der in erster Instanz getroffenen Entscheidung oder des gefaßten Beschlusses in der Rechtsmittelinstanz kann nur auf Grund des bereits jener vorgelegten Sach- und Streitstandes erfolgen (§ 482 ZPO.; Beantwortung der Fragen zu § 529, Z. 2).

Für eine Sicherung des im Streite befangenen Anspruchs sorgt das Gericht nur über Begehren der gefährdeten Partei (§§ 370, 378 EO., Art. XIII, Z. 5, 7 EG. zur EO.). Bloß in Besitzstörungsprozessen können einstweilige Vorkehrungen zur Abwendung dringender Gefahr widerrechtlicher Beschädigung, zur Verhütung von Gewalttätigkeiten oder zur Hintanhaltung eines unwiderbringlichen Schadens selbst von Amts wegen verfügt werden (§ 458 ZPO.), ohne daß alle in der Exekutionsordnung festgesetzten Voraussetzungen derartiger Vorkehrungen vorliegen (Motive zum Entwurf einer Zivilprozeßordnung, S. 298). Es sind dies eben Fälle, wo das öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung der Ruhe und Ordnung mit in Betracht kommt, ohne ein Einschreiten der Sicherheitsbehörde notwendig zu machen (HfD. vom 3. März 1797, Z. 342 JGS.; MV. vom 19. Jänner 1853, Nr. 10 RGBl., § 26).

Digitized by Google

Angelegenheiten außer Streitsachen finden ihre Erledigung durch Betätigung richterlicher Amtsgewalt in Verfügungen des Gerichts. Auch bei deren Erlassung wird die Tätigkeit des Gerichtes in der Anwendung einer abstrakten Rechtsnorm auf einen Tatbestand behufs Feststellung konkreter Rechtsfolgen bestehen, wie im Prozesse. Doch wird den Zweck der rechtsfeststellenden Amtstätigkeit nicht Rechtsdurchsetzung gegen widerstrebenden Privatwillen, sondern Rechtssicherung für die Zukunft bilden. Niemals werden diese Verfügungen mündlich verkündet, nur schriftlich erlassen und zugestellt.

Unter gerichtlicher Verfügung (§ 2, Abs. 7, §§ 9, 12, 18 Pat.) ist im eigentlichen Sinne die endliche Erledigung der Angelegenheit zu verstehen, deren Inhalt dem besonderen Zwecke des bezüglichen Verfahrens entsprechen muß. Nach Verschiedenheit der Fälle wird ihren Inhalt eine Entschließung deklarativen oder konstitutiven Charakters bilden. Deklarativer oder feststellender Natur ist z. B. die in Erledigung der Verlaßabhandlung herauszugebende Einantwortungsurkunde, welche erklärt, wer als wahrer Erbe des Erblassers (bei Miterben mit welchen Erbschaftsanteilen) anzusehen ist (§ 174 Pat.), oder die den gültigen Bestand des Vermächtnisses eines Grundbuchskörpers oder einer Hypothekarforderung aussprechende Legatszuweisungsurkunde (§ 178 Pat.). Konstitutiver oder rechtsschaffender Natur ist beispielsweise die Bestätigung eines Adoptivvertrages betreffs Großjähriger (§ 259 Pat., § 113 JN.), wobei nur dessen formelle Gesetzmäßigkeit in Frage kommt, oder aber die Erteilung eines Konsenses zur Fideikommißeinschuldung, ferner die Genehmigung einer Veräußerung oder Verpachtung unbeweglicher Güter gesetzlicher Schutzbefohlener, welche Verfügungen Prüfung der materiellen Rechtsbeständigkeit, sowie der Notwendigkeit, beziehungsweise Zweckmäßigkeit des Rechtsgeschäftes voraussetzen.[2]) Privatrechtliche Vorfragen, die für die zu treffende Verfügung präjudiziell sind, müssen im vorläufigen Rechtswege ihre endgültige Lösung finden (§ 2, Abs. 7 Pat.).[3]) Ähnlich ist wohl

[2]) Verweigerung der obervormundschaftlichen Genehmigung zur Anstrengung eines Rechtsstreites wegen voraussichtlicher Erfolglosigkeit der Klage (E. Z. 844, Neue Folge der oft zitierten Sammlung.

[3]) In oberstgerichtlichen Entscheidungen finden sich als Beispiele hiefür in der von Unger-Glaser-Walther begründeten Sammlung folgende: Die Frage, nach der Bedeutung und Rechtswirkung einer letztwilligen Verfügung über Ver-

Digitized by Google

betreffs präjudizieller Fragen aus dem Gebiete des Straf- und öffentlichen Rechts (anal. § 2, Abs. 7 Pat.) die Vorentscheidung von kompetenter Stelle abzuwarten.

Als Verfügung im außerstreitigen Verfahren kann die Erklärung des Landesfürsten bei der Legitimation *per rescriptum principis* nicht aufgefaßt werden. In ihr kann nicht die Willenserklärung eines staatlichen Organs, welche nach Maßgabe eines Rechtssatzes ein konkretes Lebensverhältnis zu ordnen bestimmt ist, erblickt werden, vielmehr nur ein sogenanntes administratives Privileg (Ulbrich, Lehrbuch des österreichischen Verwaltungsrechts, 1904, S. 302) kraft gesetzlicher Spezialermächtigung (§ 162 ABGB.), wobei es sich um Begründung absoluter, gegen jedermann wirksamer subjektiver Rechte handelt.

Alle Verfügungen im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit sind in der gesetzlich vorgeschriebenen schriftlichen Form zu erlassen. Damit tritt der richterliche Wille klar umgrenzt aus dem Reiche der Gedanken in die Sinnenwelt. Zugleich wird jedem Mißverständnisse über Bedeutung und Tragweite des Inhalts der Verfügung vorgebeugt, der Beweis der Echtheit ihrer Ausfertigung, d. i. der schriftlichen Mitteilung gesichert und für die Zukunft die Berufung auf frühere Erledigungen erleichtert.

Klarheit und Bündigkeit des Inhalts jeder Verfügung ist ein unabweisliches Postulat, soll sie für die Beteiligten ihre volle Wirkung äußern.

Von den ein durchgeführtes Verfahren abschließenden Verfügungen (Enderledigungen) sind die, bloß die Verhandlung leitenden Beschlüsse zu unterscheiden, obwohl das Gesetz auch sie mit dem gleichen Ausdrucke bezeichnet.

Die endlichen Verfügungen ergehen in dem über Ansuchen eines Beteiligten eingeleiteten Verfahren nach dessen Abschluß in

---

waltung des Nachlasses nach der Einantwortung gegenüber dem gesetzlichen Verwaltungsrechte, welches dem Vormunde des Erben rücksichtlich des Mündelvermögens zusteht (Z. 2318), die Frage, ob einem Schriftstücke die Eigenschaft einer letztwilligen Erklärung zukomme (Z. 13.923), ob eine erblasserische Anordnung eine fideikommissarische Substitution oder nur ein Veräußerungsverbot beinhalte (Z. 3630), ob die Rechtsfolgen des § 120 ABGB. gegen die wiederverehelichte Witwe im Abhandlungsverfahren nach dem ersten Gatten zur Geltung kommen (Z. 5994), die Frage des Überlebens des am Todestage der Mutter geborenen und gestorbenen Kindes (Z. 10.559), ingleichen der Erbfolge eingesetzter Erben nach Stämmen oder nach Köpfen (Z. 15.966).

Digitized by Google

der, im Antrage bezeichneten Richtung, zwecks Erreichung des darin angegebenen und näher begrenzten Zieles, jedoch ohne daß das Gericht unbedingt an die Grenzen des Antrags gebunden wäre.[4]) Vielmehr soll es von Amts wegen um die, dem Gesetze entsprechende Ergänzung und Verbesserung des Antrags und infolgedessen um die umfassendste, gründliche Erledigung der Sache unter Wahrung aller einschlägigen Interessen bemüht sein (§ 2, Z. 10, 11 Pat.). In Fällen eines von Amts wegen einzuleitenden Verfahrens ist dessen Richtung und Ziel vom Gesetze selbst im voraus gegeben und für die Erledigung der Angelegenheit allein maßgebend, z. B. bei Verlassenschaftsabhandlungen die Feststellung dessen, wer der wahre Erbe sei.

Die endliche Verfügung enthält stets eine erschöpfende, unbedingte und abschließende Erledigung der verhandelten Rechtsangelegenheit. An diesem Merkmale mangelt es bei Verlaßabhandlungen jener Verfügung, womit einem eigenberechtigten Universalerben der rechtliche Besitz einzelner Verlassenschaftssachen und Kapitalien von der Abhandlungsinstanz (§ 145 Pat.) eingeräumt wird.[5]) Sie ist keine partielle, sukzessive Einantwortung, als welche die Praxis sie bezeichnet, sondern nur eine zum Schutze des Rechtsverkehrs zwischen dem Erben und dritten Personen (§ 824 ABGB.) dienende Maßregel. Würde diese Verfügung einen der Einantwortungsurkunde gleichkommenden deklarativen Charakter besitzen, so dürfte sie niemals den nach Lage der Sache allenfalls erforderlichen Konsens zur gerichtlichen oder außergerichtlichen Veräußerung der bezüglichen Nachlaßgegenstände umfassen (§ 145 II Pat.), da dem vom Gerichte als wahren Erben anerkannten Erbschaftsanwärter kraft des Gesetzes die volle Verfügungsfreiheit über das Erbgut zusteht.

Die Enderledigung im Verfahren außer Streitsachen kann niemals eine bedingte, d. h. an den Nachweis der Erfüllung

[4]) Die strengformale Einrichtung des Grundbuchs und Handelsregisters gestattet selbstverständlich nicht ein Hinausgehen über die Grenzen des gestellten Begehrens um einen bestimmten Eintrag (§ 96 GBO., § 23 HRegVdg.); wohl aber läßt die verschiedene Kraft des erbetenen Grundbuchseintrags es als zulässig erscheinen, daß innerhalb der Grenze des gestellten Begehrens die Vormerkung statt der erbetenen Einverleibung des dinglichen Rechts bewilligt werde (§§ 95, 85 GBO.).

[5]) In gleichem Sinne äußert sich die oberstgerichtliche Entscheidung Nr. 579, Neue Folge, der zitierten Sammlung.

Digitized by Google

gewisser Voraussetzungen geknüpfte sein (§§ 149, 174, 190, 241 Pat., §§ 95, 97 GrdbO.).[6]) In diesem Punkte hatte schon der Vorläufer des dermal geltenden Gesetzes, das Patent vom 28. Juni 1850, Z. 255 RGBl., § 91, die gegenteilige ältere Praxis bei Verlaßabhandlungen reprobiert, die in einem sogenannten Abhandlungsverlaß eine Zusammenstellung aller Aufträge beliebte, gegen deren Befolgung das Gericht die Zuweisung und Einantwortung der Verlassenschaft bedingt ausspricht.

Die Enderledigung ist so kurz, als es deren gesetzlich vorgeschriebener Inhalt gestattet, abzufassen. Der Wortlaut muß bestimmt, klar und leicht verständlich sein (§ 191 GeschO. für Gerichte; § 2 princ. Pat.).

Stets muß eine ausdrückliche Erledigung über das gestellte Ansuchen ergehen, mag sie sich auch als Ablehnung der angesuchten Amtstätigkeit wegen gesetzlicher Unzulässigkeit[7]) oder Unzweckmäßigkeit der angestrebten Verfügung oder sogar wegen Unzuständigkeit des angegangenen Gerichtes oder Ausschluß gerichtlicher Ingerenz (z. B. § 269, II Pat.) darstellen. Das Ausbleiben einer Erledigung überhaupt kann durch Justizverweigerungsbeschwerde gerügt werden (§ 78 GOG.). Niemals gilt aber Nichterledigung binnen einer bestimmten Frist als Abweisung des Ansuchens, wie in gewissen Fällen nach französischem Verwaltungsrechte (Otto Mayer, Theorie des französischen Verwaltungsrechtes, S. 133).

Im Gegensatze zum Streitverfahren hat das Gericht schon während der anhängigen Verhandlung für die Sicherheit der Teilnehmer zu sorgen, soweit es besondere Vorschriften verordnen (§ 2 princ., Z. 10 Pat.). Fälle dieser Art ergeben sich bei der Behandlung von Verlassenschaften nach Ausländern (§ 138 Pat.) und bei Ersatzansprüchen gegen Vormünder und Kuratoren

---

[6]) Die Entscheidung Nr. 15.849 (zitierter Sammlung) hebt ausdrücklich hervor, daß auch die Erfüllung eines Auftrags (§ 709 ABGB. [bezüglich der fortdauernden Erhaltung des erblasserischen Grabes]) vor der Einantwortung darzutun ist.

[7]) Die Unzulässigkeit muß nicht immer eine gegenständliche sein; sie kann auch in der Person des um Einleitung des Verfahrens Ansuchenden ihren Grund haben, wie beispielsweise bei einem Anlangen um Einleitung des Verfahrens behufs Todeserklärung eines Verschollenen, das dessen Kurator stellte, der „ihn vor jedem Eingriffe in seine Rechtssphäre schützen soll" (E. Nr. 14.238 zitierter Sammlung).

Digitized by Google

aus der pflichtwidrigen Verwaltung des Vermögens der Mündel und Pflegebefohlenen (§§ 187, 264, 265, 282 ABGB., § 19 Pat., § 38 lit. c GrdbO.)[8]), bei Bestreitung der Zulänglichkeit ausgewiesener Fideikommißdepuration § 251, II Pat.

Das Gericht ist auch in Sachen freiwilliger Gerichtsbarkeit nicht berechtigt, von Amts wegen und aus eigener Machtvollkommenheit seine endliche Verfügung abzuändern oder aufzuheben, trotzdem es nachträglich deren Gesetz- oder Aktenwidrigkeit oder Unzweckmäßigkeit erkennt. Das Postulat klaglosen Funktionierens der Staatsbehörden muß vor der Rücksicht auf individuelle Rechtssicherheit zurücktreten.[9])

Gleichwohl zeigt sich aber eine hervorstechende Abweichung vom Prozeßverfahren bei der Sacherledigung darin, daß dem Senatsvorsitzenden ausnahmsweise das Sistierungsrecht betreffs eines gefaßten Senatsbeschlusses eingeräumt wird, wenn er auf offenbarer Verletzung oder unrichtiger Anwendnng eines Gesetzes beruht und Minderjährigen oder Pflegebefohlenen Nachteil bringen oder das Gericht einer Ersatzpflicht aussetzen würde (§ 83 GOG.). Nichtausübung dieser bloßen Befugnis macht den Senatsvorsitzenden nicht verantwortlich. Zu beachten ist, daß nur Gesetzesverletzung, nicht Verletzung offenbarer Zweckmäßigkeitsrücksichten das Sistierungsrecht begründet, und dies nur unter der weiteren Voraussetzung, daß die Verletzung der Legalität zugleich eine materielle Schädigung Schutzbefohlener oder die Entstehung eines Syndikatsanspruches im Sinne des Gesetzes vom 12. Juli 1872, Z. 112 RGBl. im Gefolge hätte.

Eine dem Streitverfahren völlig fremde Erscheinung ist es, wenn zum Zwecke gewissenhaftester Prüfung aller gesetzlicher Voraussetzungen der weittragendsten Verfügungen in Vormund-

---

[8]) In den Entscheidungen Nr. 6387, 7011 (zitierter Sammlung) wird betont, daß eine von der Vormundschaftsbehörde verfügte Vormerkung der Haftungsverbindlichkeit des gesetzlichen Vertreters nur auf Grund einer Verfügung der Vormundschaftsbehörde gelöscht werden kann und daß die Rechtfertigung der erwirkten Vormerkung im außerstrittigen Verfahren zu erfolgen hat, ohne daß hiebei die Bestimmung des § 42 GrdBO. über die Rechtfertigungsfrist Geltung findet.

[9]) Im Gegensatze zu dem Standpunkte des Verfahrens freiwilliger Gerichtsbarkeit läßt das Administrativverfahren auf einem großen Gebiete der Verwaltung zu, daß die Behörde erster Instanz ohne Parteienantrag ihre Verfügung abändere (Bernatzik, Rechtsprechung und Rechtskraft, S. 44 ff.).

Digitized by Google

schafts- und Pflegschaftssachen (§ 109 JN.) die diesfälligen Beschlüsse der Einzelgerichte vor ihrer Erlassung der Entscheidung des Gerichtshofes I. Instanz des bezüglichen Sprengels zu unterziehen sind. Durch Zusammenwirken dieser beiden Gerichte wird hier die maßgebende Verfügung geschaffen und damit häufig Anlaß zu Beschwerden im vorhinein beseitigt.

Mit der staatsgrundgesetzlich gewährleisteten Unabhängigkeit und Selbständigkeit der Gerichte ist es aber unvereinbar, daß ein Gericht erster Instanz sich an die höhere Instanz mit einer Anfrage über die zu treffende Verfügung wenden könnte, während im Administrativverfahren eine derartige „präventive Verwendung des Aufsichtsverhältnisses der vorgesetzten Behörde gegenüber der untergebenen im internen dienstlichen Wege“ (Tezner, Administrativprozeß, 1896, S. 235) in schwierigen, wichtige Interessen berührenden Fällen nicht ausgeschlossen ist.

Digitized by Google

XIX. Rechtsmittel.

Jede Gesetzgebung muß gegen Mängel des Verfahrens und gegen Rechtsirrtümer bei der endlichen gerichtlichen Erledigung von Rechtssachen Abhilfe gewähren durch Gestattung des Anrufens höherer Gerichte. Nur der Umfang des auf diesem Wege gewährten Rechtsschutzes und seine Bedingungen sind verschieden nach Zeit und Land, sowie nach Maßgabe der Gerichtsorganisation und Verfahrensform. Als Mittel der Abhilfe in der angedeuteten Richtung (Rechtsmittel) erscheint das Begehren eines am Verfahren unmittelbar Beteiligten beim übergeordneten Gerichte um Beseitigung oder Änderung beschwerender Verfügungen des unteren Richters, mögen sie durch Versehen bei Leitung des Verfahrens, oder aber durch Pflichtvergessenheit und ungenügende Rechtskenntnis bei der endlichen Erledigung entstanden sein. Eine derartige Einrichtung wirkt auf das vorteilhafteste ein auf das mit der Sache sich befassende Gericht und die hieran Beteiligten. Das Gericht wird durch die drohende Beschwerde zu gewissenhaftester Pflichterfüllung angespornt, die Interessenten aber nach Erschöpfung des Beschwerdezuges mit dem ihnen etwa minder günstigen Endergebnisse des durchgeführten gerichtlichen Verfahrens versöhnt.

Dem Wesen der freiwilligen Gerichtsbarkeit entspricht die Regelung der hier zulässigen Rechtsmittel. Keines, worüber ein zweiseitiges Verfahren eröffnet wird, wie bei der Berufung und Revision, kann hier Raum finden; nur eine Beschwerde (Rekurs), worüber die nächst übergeordnete Instanz auf Grund der ihr zugleich vorgelegten Akten ohne mündliche Einvernahme des Beschwerdeführers entscheidet.

Rechtsmittel sind aber auch in diesem Bereiche der Gerichtsbarkeit[1]) nur diejenigen Rechtsbehelfe, die auf Auf-

[1]) Die gemeinrechtliche Literatur bietet für die Lehre von den Rechtsmitteln im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit geringe Ausbeute, zumal sie sich

Digitized by Google

hebung oder Abänderung eines die Leitung des Verfahrens betreffenden Beschlusses oder einer in Erledigung des Verfahrens getroffenen Verfügung abzwecken, z. B. der Einantwortungsurkunde § 174 Pat., des von einem Mündel angesuchten Ehekonsenses § 191 Pat., anderer Verfügungen in Vormundschafts- und Pflegschaftssachen §§ 268, 282 ABGB., in Fideikommißangelegenheiten § 241, II Pat. Mit Rücksicht auf das gegenseitige Verhältnis beider Zweige der Gerichtsbarkeit kann insbesondere auch der mangelnde Vorbehalt des Rechtsweges (§ 2, Abs. 7 Pat.) Anlaß zur Ergreifung der Beschwerde geben (§ 18 Pat.). Die Rechtsmittel sind von den Beschwerden gegen Strafverfügungen streng zu unterscheiden, die wegen Verletzung der dem Gerichte schuldigen Achtung in Eingaben oder bei der Verhandlung (§ 85 GOG.) oder wegen mutwilliger Beschwerdeführung ergingen (§ 16 Pat.). Ingleichen von den Beschwerden wegen Verweigerung oder Verzögerung des Rechtsschutzes, die in das Bereich der Dienstaufsicht fallen, worüber in beiden Gebieten der Gerichtsbarkeit die gleichen Anordnungen bestehen (§ 85, III ZPO., § 78 GOG. § 126 GrdbO.).

Nebenbei sei bemerkt, daß Beschwerden wegen Verweigerung einer notariellen Amtshandlung, ohne daß ein gesetzlicher Grund hiefür vorlag, und wegen Verzögerung der Ausfolgung von Ausfertigungen, Abschriften und Auszügen an die Notariatskammer als oberaufsehende Behörde gehen (§§ 35, 103 NO.).

Unbekannt ist dem Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit eine Rechtsbelehrung über die Zulässigkeit und Frist zur Beschwerde, sowie darüber, wo sie zu erheben ist (Beschwerdeerhebungsstelle), wie dies im bezirksgerichtlichen Streitverfahren

---

aus dem Labyrinthe der Extrajudizialappellation spät zu der Erkenntnis durcharbeitete, daß nicht die Appellation, sondern eine *querela simplex* das entsprechende Mittel zur Abhilfe gegen beschwerende unterrichterliche Verfügungen bilde. Vgl. Claproth, Theoretisch-praktische Rechtswissenschaft von freiwilligen Gerichtshandlungen (1789), § 23 b; Gönner, Handbuch des gemeinen deutschen Prozesses (1804), III. Bd., Abhdlg. LVI, § 6; W. A. Puchta, Handbuch des gerichtlichen Verfahrens in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit (1831), I. Bd., § 130. Noch kärglicher ist die Ausbeute in der österreichischen Rechtsliteratur, die eine wissenschaftliche Darstellung dieser Lehre nicht besitzt. Die auf der neuen Reichsgesetzgebung Deutschlands fußende Literatur war der prinzipiell auseinandergehenden Gestaltung der Rechtsmittel wegen unergiebig.

Digitized by Google

geboten ist (§§ 447, 452 ZPO.). Bei Anfragen eines Beteiligten über diese Punkte bei Gericht ist selbstverständlich bereitwilligst Auskunft zu geben (§ 2, Abs. 10 Pat.; § 82 GeschO.).

Das Beschwerderecht ist dem Wesen nach gleichmäßig geregelt, mag das zur angefochtenen Verfügung führende Verfahren von Amts wegen oder über Antrag eingeleitet worden sein, mag es sich vor einem Gerichtshofe I. Instanz oder vor einem Bezirksgerichte abgespielt haben. Eine Besonderheit bei der Gestaltung des Beschwerderechtes (gegenüber dem Berufungsverfahren im Prozesse) ist es, daß Abhilfe gegen beschwerende Enderledigungen in gleicher Weise wie gegen das Verfahren leitende Beschlüsse der ersten Instanz (einschließlich der Unterlassung des Vorbehaltes des Rechtsweges § 18, II Pat.) allenfalls vorerst bei dieser selbst mittels Vorstellung oder sogleich bei dem nächst übergeordneten Gerichte mittels Rekurses angestrebt werden kann (§ 9 Pat., § 268 ABGB.). Diese Anordnung wurde zum legislativen Vorbilde für die Beschwerde gegen Verfügungen des Konkurskommissärs (§ 257 KO.)[2]) und gegen Beschlüsse des beauftragten Richters oder Senatspräsidenten im Prozesse (§ 516 ZPO.).

Das Ziel jeder Beschwerde ist eine dem Gesetze und dem in Verhandlung stehenden Gegenstande entsprechende Leitung des Verfahrens oder eine sachgemäße endliche Erledigung der Angelegenheit, die eben in erster Instanz vermißt wurden.[3])

Das Gericht erster Instanz kann nach erfolgter Erhebung der Beschwerde seine eigene frühere Verfügung selbst abändern und damit der Beschwerde Rechnung tragen, insofern hieraus nicht dritte Personen Rechte erlangt haben, mag letzteres

---

[2]) Darüber, daß das Konkursverfahren kein Zweig freiwilliger Gerichtsbarkeit, sondern eine Gesamtexekution ist, vgl. meine Ausführungen in Grünhuts Zeitschrift, XXX. Bd., S. 331 ff.

[3]) Besondere Eigentümlichkeiten zeigt die Beschwerde gegen die Bemessung des Entschädigungsbetrags im Eisenbahnexpropriationsverfahren, die ein Surrogat für die ausdrücklich ausgeschlossene Klage zur Geltendmachung von Ansprüchen, über welche in dem vorausgegangenen außerstrittigen Verfahren entschieden wurde, bilden soll. Sie kann nur von der Rekursinstanz, also dermal nicht vom Oberlandesgerichte, das der § 30 des Ges. vom 18. Februar 1869, Z. 30 RGBl., vor Augen hatte, sondern von dem nach § 3 JN. zuständigen Gerichtshofe I. Instanz erledigt werden. Eine Vorstellung ist ausgeschlossen. Der Rekurs ist in doppelter Ausfertigung zu überreichen, damit der Gegner binnen einer Frist von 14 Tagen nach Zustellung derselben seine Äußerung erstatten kann.

Digitized by Google

in der angefochtenen Verfügung ausdrücklich hervorgehoben worden sein oder nur aus deren Inhalte hervorgehen (§ 9 Pat.).[4]) Nach klarer gesetzlicher Weisung ist es bei dieser Selbstkorrektur gleichgültig, ob der Beschwerdeführer den Weg einer bloßen Vorstellung oder eines Rekurses wählte. Irrelevant ist hier im Gegensatze zu der Erledigung verspäteter, d. i. nach Ablauf der Beschwerdefrist erhobener Rekurse (§ 11 Pat.), ob die allfällige Abänderung der mit Vorstellung angefochtenen Verfügung Dritten abträglich oder unnachteilig wäre.

Von beiden Formen der Beschwerde kann nacheinander (sukzessive), somit vom Rekurse nach erfolgloser Vorstellung, oder nebeneinander (kumulative), d. h. vom Rekurse und der Vorstellung gleichzeitig Gebrauch gemacht werden; in welch letzterem Falle der Rekurs nach Zurückweisung der Vorstellung der zweiten Instanz vorzulegen ist. Bei Stattgebung der Vorstellung wird selbstverständlich der Rekurs gegenstandslos (§ 9, II Pat.).

Um die Umgehung des Instanzenzuges *(recursus per saltum)* zu verhüten, sind Beschwerden beider Gestalt bei dem Gerichte zu erheben, dessen Beschluß oder Enderledigung, welche beiden das Gesetz mit der allgemeinen Bezeichnung einer „Verfügung" umfaßt, angefochten wird. Damit wird dem Beschwerdeführer das Angehen des höheren Richters erleichtert und kostenloser gestaltet, dem Rekursgerichte aber Zeit erspart, da es nicht erst die Akten erster Instanz von dieser abfordern muß, sondern mit der Beschwerde zugleich vorgelegt erhält.

---

[4]) Um dies auszudrücken, wurde im § 9 Pat. eine von dem Patente für Ungarn (außer Siebenbürgen) vom 17. Dezember 1852, Z. 263 RGBl., § 9, abweichende Stilisation gewählt. Dort hieß es nämlich: „insofern dadurch nicht dritten Personen Rechte eingeräumt worden sind". Aus diesem Grunde ist auch dem Wesen der Sache nach in Grundbuchssachen überhaupt (§ 126 GrdbO.) und im Eisenbahnexpropriationsverfahren (§ 30 zit.) und in Notwegsachen (Ges. § 16), rücksichtlich der Bemessung der Entschädigung nur der Rekurs zugelassen. Die E. Z. 6408 zitierter Sammlung zählt auch die Verfügung über Einbeziehung eines Objekts in das Verlassenschaftsinventar mit Recht zu den mit einer bloßen Vorstellung nicht anfechtbaren, da das Inventar für den Umfang der Haftung des bedingt erbserklärten Erben den erblasserischen Gläubigern gegenüber (§ 802 ABGB.) maßgebend ist. Nach dem Vorbilde des § 9 Pat. wurde mit der Verordnung des Ministerium des Innern vom 30. August 1869, Z. 124 RGB., den politischen Behörden I. Instanz und den Landesbehörden die Abänderung der ergangenen Verfügung infolge Rekurses gestattet. Gerichte II. Instanz genießen dieses Recht nicht (§ 14 Pat.).

Digitized by Google

Gegen die gemäß § 109 JN. vom Gerichtshofe I. Instanz überprüften Beschlüsse der Bezirksgerichte ist die Beschwerde bei letzteren zu überreichen, aber dem Oberlandesgerichte als Rekursinstanz vorzulegen (§ 3 JN.; Némethy, in der Gerichts-Zeitung 1904, Nr. 27).

Auch im Eisenbahnexpropriationsverfahren wird trotz der Bezeichnung des Oberlandesgerichtes als Rekursinstanz im § 30 Ges. vom 18. Februar 1878, Z. 30 RGBl. — im Hinblick auf die im § 3 JN. erfolgte allgemeine Regelung der graduellen Kompetenz — der Gerichtshof I. Instanz Rekurse erledigen, was freilich ein Schwanken der Praxis betreffs der Grundsätze bei Bestimmung der Einlösungssumme innerhalb desselben Oberlandesgerichtssprengels im Gefolge haben dürfte. Aus Art. VIII, Z. 4 JN. kann ein Grund gegen die hier vertretene Anschauung nicht gewonnen werden, da diese Übergangsbestimmung nur die bisher geltende Kompetenz in erster Instanz unberührt erhalten will.

Bei dem Gerichte zweiter Instanz unmittelbar überreichte Rekurse sind als unstatthaft zurückzuweisen. An Stelle der ursprünglich dies verordnenden Vorschrift (Erlaß des Justizministeriums vom 28. August 1860, Z. 205 RGBl., § 1) ist zufolge Art. I ZPO. nur für den Bereich des Prozeßrechtes die damit inhaltlich übereinstimmende Anordnung des § 520 ZPO. getreten. Um Verzögerungen in der Vorlage des Rekurses an die Rekursinstanz zu begegnen, ist es dem Beschwerdeführer unbenommen, gleichzeitig mit dessen Anbringung eine Abschrift an die zweite Instanz zu befördern § 10 Pat.

Betreffend die Legitimation zur Beschwerde ist hiezu jedermann berechtigt, der an dem durchgeführten Verfahren beteiligt war (beziehungsweise dessen gesetzlicher Vertreter), sofern die Verfügung für ihn eine Benachteiligung herbeizuführen geeignet ist. Gleichgültig ist dabei, ob die Beeinträchtigung ein Vermögensrecht, z. B. Erbrecht, ein Individualrecht (Firma) oder Berechtigungen aus dem Bereiche des Familienrechtes (väterliche Gewalt, Vormundschaft) betrifft, ob ferner dieselbe die Interessen des Beschwerdeführers unmittelbar oder nur indirekt berührt (z. B. des Fideikommißanwärters bei Onerierungen und Depurationen §§ 241, II, 251, II Pat.). Ohne Beschwerung (Beeinträchtigung) gibt es kein Beschwerderecht (arg. § 9 „wer sich beschwert erachtet"). Es kann somit nicht der Verlassenschaftsgläubiger gegen eine Erledigung der Todfallsaufnahme, wo-

Digitized by Google

durch der Nachlaß mangels Vermögen für abgetan erklärt wird, Beschwerde erheben, da ihm nur die im ABGB. §§ 811, 812, 815 vorbehaltenen Rechte zustehen (Pfaff-Schey-Krupský, Entscheidungen, N. F. V., Nr. 1879). Wer mit Unrecht in I. Instanz zur Verhandlung beigezogen wurde, erwirkt damit nicht die Legitimation zur Beschwerde.

Die Rechtsstellung gesetzlicher Vertreter bringt es mit sich, daß sie auch gegen Verfügungen, die dem Begehren oder Wunsche ihres Schützlings stattgeben, Beschwerde zu ergreifen berechtigt sind, wenn hievon Nachteile für den Schutzbefohlenen zu befürchten wären (§ 268 ABGB.), z. B. bei Erteilung eines vom Mündel erbetenen, aber vom Vormund nicht befürworteten Ehekonsenses § 191 Pat., oder bei Entlassung aus der väterlichen Gewalt durch einen Vater, dem die Vermögensverwaltung versagt ist (§ 197 ABGB.; Entscheidung Nr. 3260 der oft zitierten Sammlung).

In Fällen, in welchen Minderjährige und Pflegebefohlene den Schutz der Gerichte gegen ihre gesetzlichen Vertreter anzurufen berechtigt sind (§§ 178, 217 ABGB.), oder wenn Streitpunkte zwischen Kindern und Eltern im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit ihre Lösung finden, — ob sie nun persönliche Rechtsbeziehungen oder vermögensrechtliche Fragen betreffen (§§ 52, 141, 148, 181, 1220, 1231 ABGB.) — muß auch diesen Nichteigenberechtigten ein selbständiges Beschwerderecht eingeräumt werden. Der Umstand jedoch, daß ein Schutzbefohlener in seiner Sache vom Gerichte einvernommen wurde, gibt ihm an sich kein Beschwerderecht gegen die erflossene Verfügung. Es darf eben nicht übersehen werden, daß von der jedermann treffenden Informationspflicht die Verhandlungsbefugnis, deren Annex das Beschwerderecht bildet, genau zu unterscheiden ist.

Bei verweigerter Genehmigung eines Rechtsgeschäfts über Vermögensobjekte eines Mündels oder Pflegebefohlenen hat nur der gesetzliche Vertreter, nicht aber auch der Vertragsgenosse ein Beschwerderecht. Denn dieser kann nach § 865 ABGB. „nicht zurücktreten", ehe die erforderliche gerichtliche Einwilligung erfolgt, und wohl nur eine angemessene „Frist zur Erklärung verlangen", nicht aber selbst auf die Herbeiführung des gerichtlichen Konsenses Einfluß nehmen (vgl. § 187 ff. Pat.).[5]) Gegen die Ver-

[5]) Bei der Superrevision des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches beantragte v. Pratobevera, daß von beiden Seiten die Genehmigung eines solchen Vertrages nachgesucht werden könne und der gesetzliche Vertreter nur

Digitized by Google

weigerung der gesetzlich gebotenen Zustimmung des Gerichts kann sich naturgemäß nur derjenige durch seinen gesetzlichen Vertreter wehren, der dem gerichtlichen Aufsichtsrechte über sein Vermögen unterliegt.

Das Beschwerderecht übergeht nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen auf den Erben, wenn der Tod nicht das schutzbedürftige Recht selbst hinfällig macht (z. B. § 234 Pat.), oder dessen Erwerb vereitelt. Gegen die vielleicht grundlose Verweigerung der gerichtlichen Adoptionsbestätigung betreffs eines Großjährigen können daher dessen Kinder den Rekurs nicht ergreifen, obwohl die Adoption gemäß § 183 ABGB. „zwischen den Wahleltern und dem Wahlkind und dessen Nachkommen" rechtliche Wirkung äußert, weil kraft des HfD. vom 28. Juni 1837, Z. 209 JGS. die Adoption vor dem Tode des Wahlkindes bestätigt sein muß. Wohl aber erwirbt der Singularnachfolger in das, den Gegenstand der Verhandlung in Angelegenheiten freiwilliger Gerichtsbarkeit bildende Recht das seinem Vorgänger zugestandene Beschwerderecht, z. B. der Nachlaßkäufer im Abhandlungsverfahren (§ 1282 ABGB.) betreffs der Zuweisung der Prozeßrolle für den Erbrechtsstreit, der Hypothekserwerber das Rekursrecht gegen Tabulareinträge (§ 442 ABGB.) u. a.

Die Tendenz der Gesetzgebung, die Rechtsinteressen der dem besonderen Schutze der Gerichte empfohlenen Personen möglichst vor Benachteiligung zu bewahren, hat dazu geführt, auch ein dem Prozesse fremdes Rekursrecht des Gerichts erster Instanz (Amtsrekurs) und der Verwandten der Schutzbefohlenen anzuerkennen.

Im allgemeinen kann dem Gerichte selbst rücksichtlich der ihm zugewiesenen und von ihm erledigten Rechtsangelegenheiten kein Beschwerderecht zugestanden werden, da durch die Abänderung der ergangenen Verfügung in höherer Instanz keine Beeinträchtigung der Rechte des Gerichts I. Instanz veranlaßt werden kann, zumal es in der betreffenden Sache nur seine öffentlichrechtliche Pflicht, als Behörde tätig zu sein, erfüllte, aber kein Privatrecht

---

in der Zwischenzeit willkürlich nicht zurücktreten dürfe. Doch fand dieser Antrag nicht Aufnahme, weil — wie von verschiedenen Stimmführern betont wurde — der gesetzliche Vertreter bei später entdeckten Bedenken gegen den von ihm zur pflegschaftlichen Genehmigung vorgelegten Vertragsentwurf verbunden sei, auf Ablehnung des Konsenses einzuraten (Ofner, Beratungsprotokolle, II., S. 555).

Digitized by Google

ausübte.[6]) Ausnahmsweise wird aber dem Richter I. Instanz das Recht eingeräumt, im Interesse „von Personen, welche sich selbst zu vertreten unfähig sind", gegen Verordnungen der II. Instanz[7]) den Rekurs an den Obersten Gerichtshof zu ergreifen, wenn er von der Abänderung seiner Verfügung einen „unwiderbringlichen Nachteil" für seine gesetzlichen Schutzbefohlenen besorgt (§ 15 Pat.). Augenscheinlich handelt es sich nur um Vormundschafts- und Pflegschaftssachen, ohne daß es jedoch einen Unterschied machen kann, ob eine die Person oder das Vermögen des Schutzbefohlenen betreffende Angelegenheit in Frage kommt oder ob der Nachteil offenbar oder nur bei genauerer Erforschung erkennbar, ob er bedeutend oder etwa geringfügig ist, wenn er nur ein „unwiderbringlicher", d. h. ein nicht wieder gut zu machender ist. Hiebei handelt es sich nur um die Ausübung einer dem Richter I. Instanz erteilten Befugnis, nicht aber einer ihm gesetzlich obliegenden Pflicht; somit trifft den Unterrichter nicht die Verantwortlichkeit für die Folgen der schädigenden Verordnung des Rekursgerichts, wenn er von seinem Amtsrekursrechte keinen Gebrauch machte (§ 15 II Pat.), insbesondere auch nicht aus dem Gesichtspunkte einer Mithaftung und daher der Zulässigkeit einer Syndikatsklage gegen ihn (§ 265 ABGB.).

Um die Wahrung der Autorität der Gerichte höherer Instanz in entsprechende Harmonie zu setzen mit der größtmöglichen Obsorge für gesetzliche Schutzbefohlene, ist dem Gerichte I. Instanz

[6]) Ein Rekursrecht inländischer ordentlicher Gerichte außer dem oben im Texte erwähnten Falle kennt unser Recht nicht. Dagegen gestattet § 40 JN. und Art. XIII JN. ausländischen Gerichten, Gewerbe- und Schiedsgerichten bei Verweigerung der Rechtshilfe die Entscheidung des, dem ersuchten Gerichte vorgesetzten Oberlandesgerichtes durch ein darauf gerichtetes Begehren herbeizuführen.

[7]) Vorausgesetzt wird eine Angelegenheit, die nach dem Patente über Verfahren außer Streitsachen zu behandeln ist. Daher hat der Oberste Gerichtshof im Hinblicke auf Art. V des EG. zu dem gedachten Patente dem Vormundschaftsgerichte mit der E. Nr. 1349, Sammlung Pfaff-Schey-Krupský, Neue Folge, IV. Bd., die Legitimation zur Erhebung eines Amtsrevisionsrekurses in Grundbuchssachen abgesprochen. Ohne jede gesetzliche Stütze erhob in dem, mit der Entscheidung des Obersten Gerichtshofes, zitierte Sammlung Nr. 5465) zur Austragung gelangten Falle die erste Instanz einen Amtsrekurs gegen die von der zweiten verfügte Lossprechung eines wegen unpassender Schreibweise zu einer Geldstrafe verurteilten Advokaten.

Digitized by Google

sogar erlaubt (aber nicht geboten), die Ausfertigung und Zustellung der zweitinstanzlichen Anordnung bis zur Entscheidung des Obersten Gerichtshofes zu verschieben (§ 15 I Pat.). Eine analoge Ausdehnung der eben erörterten Ausnahmsvorschrift auf Fideikommißangelegenheiten ist trotz der den Gerichten auferlegten Pflicht, über die Unversehrtheit des Stammvermögens zu wachen (§ 627 ABGB.), nach der historischen Entwicklung[8]), nach Wortlaut und Tendenz des § 15 Pat. unzulässig.

Was sodann das Rekursrecht der nächsten Verwandten in Angelegenheiten von Mündeln und Pflegebefohlenen anlangt, ist ein solches dermal im Gesetze zwar nicht ausdrücklich vorgesehen, wie vor Erlassung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches im HfD. vom 7. September 1805, Z. 746 JGS. Trotzdem aber ist es anzuerkennen in offenbarer Analogie der Vorschriften der §§ 178, 217, 251, 252 ABGB. und der §§ 185, 203, 219 Pat. Die ersteren räumen den nächsten „Verwandten" (nicht Angehörigen, somit nicht den Verschwägerten) des gerichtlichen Schützlings das Recht ein, den Beistand des Gerichts gegen Rechtskränkungen eines Kindes, die ihm durch seinen Vater oder Vor-

[8]) Im gemeinen Rechte findet sich ein ähnliches Rechtsgebilde wie der Amtsrekurs des § 15 Pat. nicht. Ausdrücklich wird er im österreichischen Administrativverfahren ausgeschlossen (Hfd. vom 6. November 1840, Z. 33.521). Im Bereiche des österreichischen josefinischen Prozeßrechts wurde jedoch mit dem Hfd. vom 15. Jänner 1787, Nr. 619 JGS. allen Appellationsgerichten eröffnet, daß „gegen eine Verordnung des Appellationsgerichts, wodurch das Urteil des untereren Richters für nichtig erklärt wird, auch der Richter wie die Partei", zu deren Gunsten das nichtig erklärte Urteil erging, sich mit Rekurs an die oberste Justizstelle beschweren könne. Diese Befugnis wurde freilich später (mit dem Hfd. vom 22. April 1796, Nr. 293 JGS.) aufgehoben. Im Gebiete freiwilliger Gerichtsbarkeit kannte keines der älteren Gesetze einen Amtsrekurs des Vormundschafts- und Pflegschaftsrichters zu Gunsten seiner Schutzbefohlenen gegen eine, ihren rechtlichen Interessen abträgliche Rekurserledigung. Selbst in dem Pat. vom 28. Juni 1850, Z. 255 RGBl., fehlte eine ähnliche Bestimmung, obwohl es in seinen Schlußparagraphen (144 ff.) genaue Anordnungen über Rekurs und Vorstellung enthielt. Erst die Vorläufer des dermal geltenden Gesetzes über Verfahren außer Streitsachen, die mit der MV. vom 17. Dezember 1852, Z. 263 RGBl., für Ungarn und seine Nebenländer außer Siebenbürgen und mit der MV. vom 15. Juni 1853, Z. 109 RGBl., für letzteres Kronland erlassenen Instruktionen über das Vorgehen der Gerichte in außerstrittigen Rechtsangelegenheiten führten im § 15 die Rechtseinrichtung des Amtsrekurses bei Besorgnis eines Rechtsnachteils „für Personen, welche sich selbst zu vertreten unfähig sind," in ebendemselben Umfange in die Gesetzgebung ein, in welchem sie dermal besteht.

Digitized by Google

mund zugefügt wurden, anzurufen. Die an zweiter Stelle angeführten Bestimmungen gestatten, daß das Gericht in wichtigeren und zweifelhaften Vormundschafts- und Pflegschaftssachen, insbesondere vor Verlängerung der Vormundschaft, vor Erteilung der Altersnachsicht, sowie des Konsenses zu Rechtsgeschäften und vor Genehmigung der von den gesetzlichen Vertretern gelegten Rechnungen über die Vermögensverwaltung die anwesenden nächsten Verwandten einvernimmt. Insoweit die Veräußerung von Mündelgut in Frage steht, ist das Rekursrecht der nächsten Verwandten durch ihr Interesse an dessen möglichster Erhaltung motiviert, da sie als Aszendenten alimentationspflichtig sind (§ 143 ABGB.), als Seitenverwandte aber bei Besitz genügender Mittel und vorliegender Mittellosigkeit der Waisen vom Gerichte ohne Rechtspflicht „zur Bestreitung der Waisenverpflegung" bewogen werden sollen (vgl. Ofner, Beratungsprotokolle des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, I. Bd., S. 184 und § 221 ABGB.). Wenn somit unsere Gesetzgebung den Verwandten in Pupillar- und Kuratelssachen eine gewisse Initiative gibt und ihnen eine weitreichende Informationspflicht auferlegt, ist wohl der Schluß nicht allzu gewagt, daß sie ihre natürliche, auf Banden des Blutes beruhende Schutzpflicht auch zur Abwendung und Hintanhaltung von Schädigungen schutzbedürftiger Blutsgenossen durch Beschwerden gegen unterrichterliche Verfügungen zur Geltung bringen dürfen. Mit der Einräumung dieser Rekursbefugnis wird für das Mündel zum kleinsten Teile jener Rechtsschutz gewonnen, den in Frankreich und Deutschland der Familienrat den Waisen in umfassendster Weise gewährt (Art. 407, 454—467 *code civil*; §§ 1860, 1867, 1873 bürgerl. Gesetzbuch für das Deutsche Reich).

Wichtig ist die Frage, ob die dermal geltende Gesetzgebung ein Beschwerderecht bestimmter öffentlicher Organe zur Wahrung der öffentlichen Interessen[9]) anerkennt. Zweifellos kommt ein solches weder der Staatsanwaltschaft, noch auch autonomen Körperschaften (Gemeinde, Handelskammer) zu, z. B. der Gemeinde gegen die Legitimation *per subsequens matrimonium* (Art. XVI JN.) aus

[9]) In Streitsachen kann ein derartiges Beschwerderecht überhaupt nicht in Frage kommen, weil gerichtliche Urteile nur über Privatrechtsverhältnisse erfließen können, daher (wie Bernatzik, Rechtssprechung und materielle Rechtskraft, S. 244, zutreffend bemerkt): „allerdings stets nur *jus inter partes*, aber immerhin *jus inter partes* machen. Den öffentlichen Interessen kann daher durch gericht-

Digitized by Google

Rücksicht der, mit dem Erwerb der Gemeindeangehörigkeit in der Heimatsgemeinde des Vaters begründeten Armenversorgung oder der Handelskammer gegen gesetzwidrige Firmeneintragungen. Eine scheinbare Ausnahme bildet die Zulässigkeit des Rekurses gegen die verweigerte Kuratelsverhängung über einen Verschwender von seiten seiner Heimatsgemeinde, da sie als Armenversorgungsverband hieran unmittelbar rechtlich interessiert und somit im Sinne des § 273 ABGB. sogar zur Stellung des Antrags auf Verhängung der Kuratel legitimiert ist.

Grundsätzlich muß jedoch ein Rekursrecht zur Wahrung öffentlicher Interessen der Finanzprokuratur zugestanden werden und kann es sich nur darum handeln, die Grenzen hiefür zu ziehen. Die prinzipielle Anerkennung dieser Befugnis erfolgte mit der Verordnung des Gesamtministeriums vom 9. März 1898, Z. 41 RGBl., gemäß deren § 2, Abs. 3, die Finanzprokuratur zur Vertretung öffentlicher Interessen vor Gericht berufen ist, sofern zu deren Schutze das Einschreiten einer staatlichen Behörde zulässig erscheint und die Finanzprokuratur hiefür von der zuständigen Behörde in Ermanglung eines anderen, zum Einschreiten besonders bestimmten Organs in Anspruch genommen wird.[10]) Im Hinblicke hierauf wird stets erst eine Weisung der kompetenten, zum Eingreifen in dem betreffenden Falle berufenen Verwaltungsbehörde, die Finanzprokuratur als deren rechtskundigen Berater in Aktion setzen, was dermal hauptsächlich bei gesetzwidrigen Firma- und Grundbuchseintragungen praktisch sein wird.

---

liche Urteile über privatrechtliche Vorfragen nie ein Abbruch geschehen; nur den Parteien wird präjudiziert. Eine darüber hinausgehende Wirkung bedürfte zu ihrer Geltung spezieller gesetzlicher Normen, z. B. § 37 des Heimatsgesetzes." Ein Beschwerderecht seitens eines öffentlichen Organes *ratione publici* wäre somit überflüssig und unzulässig.

[10]) Vgl. Abschnitt XII, Anm. 14. Über einen hieher gehörigen Fall vgl. die in der vom Obersten Gerichtshofe veranstalteten Sammlung seiner Entscheidungen, Neue Folge, I., unter Nr. 227, veröffentlichte. Eine mit Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens unzulässige Eintragung einer Genossenschaft wurde nämlich infolge eines von der Finanzprokuratur gemäß Auftrages der Landesverwaltungsbehörde eingebrachten Rekurses gelöscht, trotzdem der Registereintrag bereits formell rechtskräftig geworden war, und dem darüber erhobenen Revisionsrekurse hat der Oberste Gerichtshof keine Folge gegeben. Es möge gestattet sein, hier beizufügen, daß eine Anzeige bei der Registerbehörde gemäß der Bestimmung des § 3 der JMV. vom 14. Mai 1873, Nr. 71 RGBl., keinesfalls zum Ziele geführt hätte. Jüngst hat der Oberste Gerichtshof (E. Nr. 830,

Digitized by Google

Die Beschwerde muß deutlich erkennen lassen, warum und inwiefern der Beschwerdeführer gegen die genau zu bezeichnende gerichtliche Verfügung Abhilfe verlangt. Als Beschwerdegrund gilt nicht nur Nichtigkeit oder die Sache nicht erschöpfende Unvollständigkeit des Verfahrens oder Lückenhaftigkeit der Verfügung, sondern auch die Gesetz- oder Aktenwidrigkeit und Unzweckmäßigkeit (z. B. § 188 Pat.) der getroffenen Erledigung der Angelegenheit. Dem geltend gemachten Beschwerdegrunde entsprechend hat der Beschwerdeantrag zu lauten und entweder Aufhebung oder Abänderung der angefochtenen Verfügung anzustreben. Wohl kann auch Ersatz der Kosten des nichtigen Verfahrens wegen offenbar groben Verschuldens der Nichtigkeit durch das Gericht (wie nach § 51 ZPO.) begehrt und um deren Zuspruch gegen den Richter I. Instanz gebeten werden. Denn § 15 Pat. räumt diesem Richter ein Rekursrecht an den Obersten Gerichtshof ein, wenn ihm „Schadensersatz" mit der obergerichtlichen Verfügung auferlegt wurde.

Dem Beschwerdeführer ist es unbenommen, neue Umstände und Beweismittel anzuführen, ohne daß diesfalls ein Unterschied zwischen Vorstellung und Rekurs bestände (§ 10 Pat.), insbesondere, wenn der Rekurs ein Surrogat unterbliebener vorgängiger Einvernahme ist (§ 241 Pat.). Es ist dies eine Konsequenz der Untersuchungsmaxime, unter deren Herrschaft kein Tatsachen- oder Bewahrheitungsmaterial zurückgewiesen werden darf, das zu einer gründlichen Erörterung und sachgemäßen Verfügung führen kann, selbst wenn es nicht gleich ursprünglich von den Beteiligten bereitgestellt wurde. Die in Grundbuchssachen (§ 126 GrdbO.) verfügte Ausschließung neuen tatsächlichen oder Beweismaterials ist durch die Notwendigkeit kongruenter Grundlagen der Verfügung beider Instanzen in diesem Zweige der freiwilligen Gerichtsbarkeit erklärlich. Gleiches gilt nicht in Handels- und Genossenschaftsregistersachen (§ 15 EG. z. HGB.; § 7 Verordnung vom 14. Mai 1873, Z. 71 RGBl.).

VI. Bd. der gedachten Sammlung) die Berechtigung der politischen Landesbehörde anerkannt, bei Gesetzwidrigkeit der vom Adoptierten gewählten Namensbezeichnung auch nach Ablauf der Rekursfrist gegen die bezügliche gerichtliche Verfügung Beschwerde zu ergreifen, weil in Fragen des öffentlichen Rechts (Verwaltungsrechts) dessen Geltung durch die formelle Rechtskraft einer richterlichen Entscheidung nicht ausgeschlossen sein könne.

Digitized by Google

Die Form betreffend, kann die Beschwerde bei Bezirksgerichten auch mündlich zu Protokoll angebracht werden, Grundbuchssachen (§ 126 GrdbO.) nicht ausgenommen. Schriftliche Rekurse bedürfen, selbst wenn sie gegen Verfügungen eines Gerichtshofes I. Instanz gerichtet sind, keiner Advokatenfertigung (§ 5 Pat.), im Gegensatze zum Prozesse (§ 520 ZPO.). Eine Erhebung des Rekurses auf telegraphischem Wege ist im Gerichtsverfassungsgesetze (§ 89) ausdrücklich für zulässig erklärt und die geschäftliche Behandlung solcher Depeschen im Verordnungswege geregelt worden (§§ 97—99 GeschO.). Mittels Telephon können Rekurse und Vorstellungen nicht erhoben werden; nur zu Mitteilungen, nicht zu Anbringen bei Gericht kann es dienen (§ 100 GeschO.).

Rekurserhebungsstelle ist stets jenes Gericht I. Instanz, gegen dessen Verfügung sich die Beschwerde richtet (§ 9 Pat., § 126 GrdbO.).

Die Beschwerdefrist dient der Ökonomie staatlicher Arbeit (Bernatzik, Rechtssprechung und Rechtskraft, S. 112 ff.), d. h. der Ersparung neuerlicher Erwägung und Entscheidung der Angelegenheit bei dem übergeordneten Gerichte, außerdem aber der Rechtssicherheit der Mitbeteiligten. Sie beträgt bei Verbindung der Vorstellung mit dem Rekurse 14 Tage von der Zustellung der angefochtenen Verfügung an gerechnet; bei sukzessiver Benutzung beider Beschwerdemittel beginnt eine neue 14tägige Rekursfrist nach Zustellung abweislicher Erledigung der Vorstellung (§ 11 Pat.), abweichend von der Zählung der Frist zur Beschwerde nach § 516 ZPO. im Streitverfahren (§ 151 GeschO.). In Grundbuchssachen[11]) ist für den allein zulässigen Rekurs eine längere (30 oder 60tägige) Frist gesetzt, je nach dem Zustellungsorte in oder außer dem Sprengel des Oberlandesgerichtes (§ 126 GrdbO.), im Verfahren zur Anlegung von Eisenbahnbüchern aber die regelmäßige (§ 43 des Ges. vom 19. Mai 1874, Z. 70 RGBl.).

Nach Fristenablauf angebrachte, somit verspätete Rekurse sind — (mit Ausnahme solcher in Grundbuchssachen des hier gel-

[11]) Für Rekurse in Sachen der Grundbuchsanlegung und -Richtigstellung hält die Judikatur des Obersten Gerichtshofes an der regelmäßigen vierzehntägigen Frist fest (Z. 8246, 8546 zit. Sammlung). Der Umstand, daß der angefochtene Einverleibungsbescheid nicht vom Grundbuchs-, sondern vom Verlaßabhandlungsgerichte erlassen wurde (§ 177 Pat.), ändert nichts an der Dauer der Rekursfrist (E. Z. 15.939 zit. Sammlung).

Digitized by Google

tenden Prioritätsprinzipes wegen § 127 GrdbO.) — anzunehmen und dem Rekursgerichte vorzulegen (§ 11 Pat.), nicht wie im Prozeßverfahren bei verspäteten Berufungen und Rekursen (§§ 468, I, 523 ZPO.) von Amts wegen zurückzuweisen. Dem Ermessen des Rekursgerichtes bleibt es überlassen, auch verspäteten Beschwerden stattzugeben, wenn die angefochtene Verfügung ohne Nachteil Dritter — seien es physische oder juristische Personen — abgeändert[12]) werden kann (§ 11 Pat.), was zumal bei unterlaufener Nichtigkeit von großer Bedeutung ist. Damit ist dem Rekursgerichte eine weiter reichende Abänderungsbefugnis eingeräumt, als dem Gerichte I. Instanz, das einer Vorstellung nicht Rechnung tragen darf, wenn Dritte aus der in Beschwerde gezogenen Verfügung Rechte erwarben, also auch dann nicht, wenn die Abänderung der Verfügung ohne Nachteil für sie möglich wäre (§ 9 Pat.).

Gegen die Zurückweisung einer nach verstrichener Frist angebrachten Beschwerde ist Rekurs an den Obersten Gerichtshof zulässig, wenn sie auf der irrtümlichen Annahme beruhte, daß Rechte Dritter nachteilig berührt würden, trotzdem dies nicht der Fall ist. Ein durch eine Bedingung beschränktes Ermessen ist eben kein freies (*pouvoir discretionaire*), das die Beschwerdeführung gegen seine Betätigung ausschlösse.

Unstatthafte Beschwerden sind nicht (wie im Streitverfahren nach § 523 ZPO.) von Amts wegen bei der Rekurserhebungsstelle zurückzuweisen, sondern der höheren Instanz zur Entscheidung vorzulegen (§ 9, III Pat.). Dies empfiehlt sich, weil rechtsunkundige und schwerfällige Parteien sich sonst leicht die Abweisung aus formalen Gründen wider das Recht gefallen

---

[12]) Vgl. über das Verhältnis des § 9 zu § 11 Pat. Dr. Ferd. Schusters Kommentar zum Gesetz über das Verfahren außer Streitsachen, III. Aufl., S. 41. Als einen unter § 11 Pat. gehörigen Fall führt er an, wenn die Erbserklärung eines von mehreren zum ganzen Nachlasse ohne Bestimmung der Anteile berufenen Erben zurückgewiesen wurde. Das Gesetz hat aber nur Privatrechtssubjekte vor Augen, wenn es von „Dritten" spricht. Mit Recht wurde daher durch die E. Z. 6146 zit. Sammlung ausgesprochen, daß über das Ansuchen um Rückerstattung einer vom Gerichte bemessenen Nachlaßgebühr wegen nachträglich geltend gemachter Befreiungsgründe auch nach Ablauf der Rekursfrist des bezüglichen Bemessungsbescheides zu entscheiden ist, weil § 11 Pat. hier nicht Platz greift. Ebenso erwachsen dem Vormunde aus der Erhöhung der Erziehungsbeiträge gegen den Mündel und dessen Vermögen keine Rechte (Z. 3778 zit. Sammlung).

Digitized by Google

ließen. Ob die Unstatthaftigkeit in einem vom Gesetze nicht anerkannten Beschwerdegrunde oder in einem vorliegenden Verzichte auf das Beschwerderecht oder in einem Rücktritte von der bereits erhobenen, später erneuerten Beschwerde oder endlich in dem Mangel der Befugnis zur Beschwerde (Abgang der Legitimation) beruht, ist gleichgültig.[13]) Unzulässig wäre insbesondere auch die Beschwerde, wenn hiemit ein Prokurist die Vertragswidrigkeit des Prokurawiderrufes (Art. 54 HGB.) gegen die Löschung seiner Prokura geltendmachen wollte, wogegen nur im Rechtswege die etwa zulässige Remedur zu schaffen ist.

Grundverschieden von der Wirkung des Rekurses im Streitverfahren (§ 524 ZPO.), sind hier die Wirkungen der Beschwerde, was mit dem Fehlen eines Gegners, dessen Rechtsinteressen sie berühren könnten, zusammenhängt.

Durch die ordnungsmäßige Erhebung eines Rekurses (und bei Berücksichtigung des gleichen Zweckes und zulässiger Verbindung beider Rechtsmittel wohl auch der Vorstellung) wird die Vollziehbarkeit der angefochtenen Verfügung bis zur Erledigung der Beschwerde aufgeschoben (Suspensiveffekt) und sind nur „bei dringender Gefahr" die zur Sicherheit der Beteiligten notwendigen Vorkehrungen zu treffen (§ 12 Pat.). Wurde die Beschwerde in Form eines Rekurses erhoben, so geht das Verfügungsrecht an die Rekursinstanz im vollen Umfange über, es tritt Devolutiveffekt ein, insofern nicht das Gericht I. Instanz von seinem Rechte der Beschwerdeerledigung im eigenen Wirkungskreise Gebrauch machen darf (§ 9 Pat.). Auch die Würdigung der vorgebrachten neuen Umstände und Beweismittel, sowie die Abwägung der in der Beschwerde erörterten Zweckmäßigkeitsgründe kommt der den Rekurs erledigenden Instanz zu. Ist dies das Gericht II. Instanz, so ist es bloß auf eine Überprüfung der Gesetzmäßigkeit der in Beschwerde gezogenen Verfügung beschränkt, keinesfalls besteht die amtliche Ermittlungspflicht sodann auch für das

---

[13]) In Fragen betreffend die Erbserklärung zu dem Armendrittel einer Erbschaft nach einem katholischen Geistlichen ist der Gemeinderat in Vertretung des Ortsarmenfonds nicht zur Beschwerde legitimiert, vielmehr nur die Finanzprokuratur gemäß ihrer Instruktion vom 9. März 1898, Art. II, § 2 (E. Z. 1131 zit. Sammlung, Neue Folge). Dagegen wäre letzterer die Legitimation zu Rekursen in Abhandlungssachen abzusprechen, bevor Kaduzität des Nachlasses eintrat (E. Z. 33 zit. Sammlung, Neue Folge).

Digitized by Google

Rekursgericht. Es hat nur die ihm notwendig erscheinenden Erhebungen in I. Instanz zu veranlassen (§ 2, Z. 5 und § 2 princ. Pat.).

Die Erledigung der Beschwerde ergeht ohne Vernehmlassung Mitbeteiligter, die nur von der Entscheidung über die Beschwerde, nicht von deren Überreichung zu verständigen sind. Falls nicht wegen gerügter oder entdeckter Nichtigkeit — gleichzeitig mit der Aufhebung der Verfügung und des gepflogenen nichtigen Verfahrens — oder wegen Unvollständigkeit der Verhandlung in wesentlichen Stücken eine Rückverweisung in die erste Instanz an das ursprünglich mit der Sache sich befassende Gericht eintritt oder Ablehnung der Entscheidung wegen gegenständlicher oder anderweitiger Unzulässigkeit der Beschwerde oder wegen mangelnder Legitimation erfolgt, hat das Rekursgericht unter Abänderung der Verfügung der I. Instanz die gesetz- oder sachgemäße Verfügung zu treffen und sie zu begründen. Es besitzt jedoch nicht die Befugnis, wie bei Erledigung einer Berufung nach § 478 ZPO., wegen Nichtigkeit der Verfügung aus, das Gericht betreffenden Nichtigkeitsgründen (§ 477, Z. 1, 2 ZPO.) die Sache zur neuerlichen Verhandlung an ein, von dem Prozeßgerichte verschiedenes Gericht gleicher Gattung im Sprengel des Berufungsgerichtes zu verweisen.

Wird der Beschwerde stattgegeben, so kann das Rekursgericht (nach offenbarer Analogie des § 527 ZPO.) auch dem Gerichte I. Instanz nach Lage der Sache „diskretionär die Ergänzung der rekursgerichtlichen Entscheidung übertragen“ (Motive zur Zivilprozeßordnung, S. 313), d. h. diesem es überlassen, aus der prinzipiellen Rekurserledigung die entsprechenden praktischen Konsequenzen zu ziehen.

Obwohl im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit eine den Bestimmungen der ZPO., §§ 499, 511 analoge fehlt, muß dennoch angenommen werden, daß das Gericht, an welches die nichtstreitige Rechtssache zu neuerlicher Verhandlung gelangt, an die rechtliche Beurteilung gebunden ist, von welcher das Rekursgericht bei seinem Beschlusse ausgegangen war. Die „rechtliche Beurteilung“ besteht in der Abwägung des juristischen Gehaltes eines bestimmten vorliegenden Tatbestandes, also in der Anwendung gesetzlicher Vorschriften auf denselben. Diese rechtlichen Voraussetzungen, von denen das Rekursgericht ausging, müssen bei neuerlicher Behandlung derselben Angelegenheit in

Digitized by Google

erster Instanz als maßgebend betrachtet und unverrückbar festgehalten werden, soll eine gedeihliche Erledigung erfolgen. Bei gegenteiliger Annahme wäre die Betretung des Rekursweges illusorisch für den Beschwerdeführer und brächte dem Rekursgerichte nur verlorene Zeit und Mühe. Klar tritt dies zu Tage, wenn beispielsweise gegen eine Einantwortungsurkunde Rekurs ergriffen wurde, die in irriger Auslegung der letztwilligen Erklärung den berufenen Vermächtnisnehmern als vermeintlichen eingesetzten Testamentserben den ganzen Nachlaß einantwortete, während der durch Legate nicht erschöpfte Rest des Nachlaßvermögens richtigerweise den gesetzlichen Erben rechtlich zu übergeben war, letztere jedoch gar nicht zur Erbserklärung aufgefordert wurden (§ 75 Pat. *verba:* vermutliche Erben). An diese richtige Auslegung des Wortlautes der letzten Willenserklärung, die sich das Rekursgericht bei Aufhebung des Einantwortungsdekretes aneignete, muß das Abhandlungsgericht sich gebunden betrachten und nun die Intestaterben zur Erbsverhandlung heranziehen.

Ob eine *reformatio in pejus* zulässig sei, entscheidet das Gesetz nicht. In der Regel wird sich gegen deren Zulässigkeit ausgesprochen werden müssen, da kein Gegner dem Beschwerdeführer gegenübersteht und letzterer nur Beseitigung einer ihm zugefügten Beschwernis anstrebt (argum. § 9 Pat.: „wer sich beschwert erachtet"). Nur ausnahmsweise könnte eine *reformatio in pejus* erfolgen, wenn bei Erledigung des Rekurses vom übergeordneten Gerichte zwingenden Rechtsvorschriften Geltung verschafft würde, die das Gericht I. Instanz bei seiner Verfügung übersehen hat.

Im § 13 Pat. wird dem Beschwerdeführer die Befugnis erteilt, bei abweislicher Erledigung seiner Beschwerde eine Abschrift des Rekursberichtes zu verlangen. Offenbar steht das Gesetz hiebei noch unter dem Einflusse der falschen Rechtsanschauung, die bei Erstattung eingehender Einbegleitungsberichte seit altersher in der Praxis Aufnahme gefunden hatte[14]), wonach der Unterrichter sich durch Einlegung einer Beschwerde gegen seine Verfügungen in die Rolle eines, vor dem ihm übergeordneten Gerichte Beklagten versetzt sah und sich gegen den, in der Beschwerde enthaltenen Angriff verteidigen zu müssen glaubte. Die Bestimmung

[14]) Vgl. Tezner, Österr. Administrativprozeß (1896), S. 270, Anm. 1.

Digitized by Google

des § 13 Pat. soll dem Beschwerdeführer die Möglichkeit der Kontrolle darüber gewähren, ob der Rekursbericht der Sach- und Rechtslage entsprechend war. Nunmehr ist die Zulässigkeit eines Begehrens gemäß § 13 Pat. nach der allgemeinen Vorschrift des § 56 GOG. und § 323 GeschO. für Gerichte zu beurteilen.

Eine Vorstellung gegen Rekurserledigungen beim Rekursgerichte ist im Gesetze (§ 14 Pat.) ausdrücklich ausgeschlossen, somit nur der weitere Rekurs an den Obersten Gerichtshof möglich.

Eine Beschränkung des Beschwerdezuges, wie sie das Prozeßrecht durch Ausschluß eines Rekurses an den Obersten Gerichtshof bei Bestätigung des angefochtenen erstrichterlichen Beschlusses im § 528 ZPO. ausnahmslos verfügt, ist dem Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit insoweit unbekannt, als unter der erwähnten Voraussetzung bei offenbarer Gesetz- oder Aktenwidrigkeit der Entscheidung oder einer „begangenen", also vom Gerichte verschuldeten oder mindestens nicht beachteten Nullität die Beschwerde an den Obersten Gerichtshof für zulässig erklärt wird (§ 16 Pat.). Als Gesetzwidrigkeit muß das Übersehen oder die unrichtige Anwendung einer maßgebenden gesetzlichen Vorschrift des in- oder ausländischen Rechtes, soweit letzteres nach den Bestimmungen über örtliche Grenzen der materiellen Rechtsnormen zu berücksichtigen war, als Aktenwidrigkeit die Annahme des Gegenteiles der Feststellungen entscheidender tatsächlicher Umstände und Beweisergebnisse in den Gerichtsschriften bei der erfolgten Rekursentscheidung erachtet werden. Als „begangene" Nichtigkeiten sind wohl die im § 477, Z. 1—6 einschließlich und Z. 9 ZPO. in den oben (Abschnitt XVI) gezogenen Grenzen zu berücksichtigen.

Die vorstehend hervorgehobene Abweichung von dem Rechtsmittelzuge in Streitsachen ist vollends gerechtfertigt, weil die Enderledigung aller Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit unterschiedlos mittels Beschlusses erfolgt und derart wichtige Beschwerdegründe insbesondere in einem Verfahren endliche Abhilfe finden müssen, in welchem das Gericht in weitem Umfange von Amts wegen und auf das gewissenhafteste vorzugehen hat.

Auch dem gegen gleichlautende Verfügungen der Unterinstanzen an den Obersten Gerichtshof erhobenen Rekurse ist Suspensiv-

Digitized by Google

effekt beizumessen, da mangels einer abweichenden besonderen Anordnung der im § 12 Pat. ausgedrückte Grundsatz gelten muß.[15])

Schließlich ist zu bemerken, daß Rekurse dieser Art in Grundbuchssachen ausgeschlossen und daher von der ersten Instanz zurückzuweisen sind (§ 130 GrdbO.), dagegen im Verfahren wegen Grundbuchsanlegung nach § 16 Pat. beurteilt werden müssen (SpR. Nr. 101).

Außerordentliche Rechtshilfen, wie sie die Zivilprozeßordnung in der Nichtigkeits- und Wiederaufnahmsklage bietet, sind dem Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit fremd. Eine Nichtigkeitsklage wegen Beteiligung eines ausgeschlossenen Richters an der rechtskräftig gewordenen Verfügung in nichtstreitigen Angelegenheiten oder wegen unverschuldeter mangelnder Beteiligung desjenigen an dem Verfahren, in dessen rechtlichem Interesse die Sache durchzuführen war, wird nicht erforderlich sein, weil die Erhebung des Rekurses trotz verstrichener Frist genügen wird. Können doch nach Ermessen des Rekursgerichtes auch verspätete Rekurse Berücksichtigung finden, wenn sich die Verfügung ohne Nachteil Dritter abändern läßt (§ 11, II Pat.) Gewiß werden aber bei Vorliegen der Voraussetzungen einer Nichtigkeitsklage des Prozeßrechtes dringende Gründe für die Annahme und günstige Erledigung des verspäteten Rekurses sprechen, zumal von einem für Dritte erwachsenden Nachteile nicht gesprochen werden kann, wenn einem solchen Rekurse Folge gegeben wird, wohl aber im gegenteiligen Falle von einer Schädigung des Staatsinteresses an der Handhabung der Rechtspflege durch unbefangene Richter oder von einer argen Beeinträchtigung des übergangenen Beteiligten.

Für eine Wiederaufnahmsklage aus den im § 530 ZPO. hervorgehobenen Gründen *(propter dolum criminalem* oder *propter noviter reperta)* ist im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit kein Raum. Aber es kann mit Rücksicht auf die, bei Hervorkommen des Restitutionsgrundes ersterer Gattung (z. B. einer Urkundenfälschung, eines falschen Zeugnisses) geänderte Sachlage als einer *causa superveniens* je nach Verschiedenheit der Fälle eine Abhilfe gegen die auf anderer Grundlage erflossene Verfügung im außer-

[15]) Diesen Standpunkt hat der Oberste Gerichtshof bereits mit der E. Z. 3449 zit. Sammlung im Jahre 1869 eingenommen.

Digitized by Google

strittigen Verfahren oder im Prozeßwege angestrebt werden. So wird beispielsweise bei grundbücherlicher Einverleibung, nach erwirkter Streitanmerkung auf Grund der Strafanzeige betreffs der Fälschung der urkundlichen Grundlage der Eintragung, die Löschung erfolgen, nachdem das Falsum rechtskräftig feststehen wird (§ 66 ff. GrdbO.). In ähnlicher Weise wird die eingeantwortete Erbschaft vom Testamentserben dem gesetzlichen im Rechtswege ausgefolgt werden müssen, wenn die Fälschung der letztwilligen Erklärung oder die bewußte Unwahrheit der Zeugenaussagen bei einem mündlichen Privattestamente im Strafrechtswege rechtskräftig sichergestellt wurde (§ 823 ABGB., § 268 ZPO.). Insoweit aber *noviter reperta* (§ 530, Z. 5—7 ZPO.) in Frage kommen, wird die Möglichkeit der Rekurserhebung nach Fristablauf unter Benutzung des, ohne eigenes Verschulden des Beschwerdeführers, neu entdeckten tatsächlichen oder Beweismaterials häufig die angestrebte Änderung der ursprünglichen Verfügung bewirken (§ 11 Pat.).

Was schließlich die Remedur gegen unverschuldete Frist- und Tagsatzungsversäumnisse, die mit einem Rechtsnachteile verbunden sind, anbelangt, entfällt die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand als eine überflüssige Formalität für alle jene Fälle, in denen die Beseitigung des Rechtsnachteiles durch eine Beschwerde oder ein neuerliches Ansuchen erreichbar ist (§ 17 Pat.). Die Berücksichtigung verspäteter Beschwerden nach § 11 Pat. wird auch hier ihre wohltätige Wirkung äußern.

Bei versäumter Rekursfrist wider die vom Abhandlungsgerichte getroffene Regelung der Parteirollen für den Erbrechtsstreit (§ 127 Pat.) wird Wiedereinsetzung in den vorigen Stand[16]) erwirkt werden müssen.

Selbstverständlich ist eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Ediktalverfahren ausgeschlossen, die mit der Fristversäumnis eine Rechtspräklusion verknüpfen, um die vollständige Klarstellung der rechtlichen Lage herbeizuführen[17]), wie

[16]) Nach Meinung des Obersten Gerichtshofes (E. Nr. 6753 zit. Sammlung) soll in der Sache selbst nicht weiter fortgeschritten werden, solange das Gesuch um Wiedereinsetzung nicht rechtskräftig erledigt ist.

[17]) Trotzdem erachtet die E. Z. 15.803 zit. Sammlung eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auch in dem Verfahren behufs Kadukerklärung alter Depositen für statthaft, weil das HfD. vom 30. Oktober 1802, Z. 582 JGS. ver-

Digitized by Google

bei der Gläubigereinberufung im Verlaßabhandlungsverfahren (§ 813 ABGB., anal. § 255 KO.), bei Amortisation von Urkunden u. ä. Im Todeserklärungverfahren gemäß des Ges. vom 16. Februar 1883, Z. 20 RGBl., bedarf es keiner Wiedereinsetzung bei Rückkehr des Vermißten, da hiedurch die für dessen Tod obwaltende und gerichtlich konstatierte Vermutung (§ 24 ABGB.) widerlegt wird.

Für unzulässig erklärt das Gesetz selbst die Wiedereinsetzung wegen Fristversäumung, und zwar der *publica fides* wegen, in Grundbuchssachen (§ 82 GrdbO.), im Aufforderungsverfahren behufs lastenfreier Grundabtrennung (§ 5, Ges. vom 6. Februar 1869, Z. 18 RGBl.) und im Verfahren zum Zwecke der Anlegung, Ergänzung oder Änderung von Grundbüchern (§§ 6, 14, Ges. vom 25. Juli 1871, Z. 96 RGBl.). Die versäumte Frist zur Pränotationsrechtfertigungsklage unterliegt den Bestimmungen der Zivilprozeßordnung (§ 43 GrdbO.), weshalb hier unter den Voraussetzungen der letzteren die Beseitigung der aus unverschuldetem Versäumnis entstandenen Nachteile zulässig ist (§ 146 ff. ZPO.).

---

fügt, daß über die Legitimation der allfälligen Rechtsansprecher *ex officio nobili* zu entscheiden sei. Doch ist dagegen zu erwägen, daß im Schlußsatze dieses Hofdekretes ausdrücklich betont wird, daß alte Depositen „nach erloschener Ediktalfrist als heimfällig zu erklären sind", weshalb eine Anwendung des § 17 Pat. offenbar ausgeschlossen ist.

Digitized by Google

XX. Rechtswirkungen der Verfügung; Vollzug und Zwangsvollstreckung.

Verschieden gestalten sich die Rechtswirkungen der endlichen Regelung eines Rechtsstreits durch Urteil und einer Angelegenheit freiwilliger Gerichtsbarkeit durch Verfügung. Im Streitverfahren fordert es das Gegenüberstehen zweier Parteien mit kollidierenden rechtlichen Interessen und sein Endzweck, die Streitlosstellung ihrer gestörten Rechtsbeziehungen, daß alle Wirkungen der endgültigen Streitentscheidung, die sich als formelle und materielle Rechtskraft äußern, mit einem und demselben Zeitpunkte eintreten. Je wichtiger das Urteil als die, den Rechtsstreit abschließende Entscheidung ist, um so unentbehrlicher ist deren Anfechtbarkeit. Die Gewährung der Möglichkeit zur Anfechtung gehört sonach zum normalen Prozeßgang. Endgültig kann eine Entscheidung des Rechtsstreites erst sein, wenn sie nicht mehr anfechtbar ist.[1])

Das gegen das Urteil ergriffene Rechtsmittel besitzt deshalb Suspensiveffekt (§ 466 ZPO.); vor Ablauf der zu dessen Ergreifung bestimmten Frist und bei rechtzeitiger Erhebung bis zu dessen Erledigung ist jede Veränderung der Rechtslage ausgeschlossen. Mit der Unanfechtbarkeit (formellen Rechtskraft) fällt die Wirksamkeit (Verbindungskraft) des Urteils zusammen (§ 411 ZPO.), die in der dauernden endgültigen Feststellung der streitig gewesenen Rechtsbeziehungen besteht.[2])

---

[1]) Richard Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 1898, S. 542.

[2]) Vgl. auch Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft (1901), S. 11: „Es gilt jetzt, die Lehre von der absoluten Natur der Rechtskraft nach allen Richtungen hin konsequent durchzuführen und dazu gehört vor allen Dingen die Betonung, daß die feststellende Wirkung des Urteils lediglich darin besteht, daß es der Partei Rechtsgewißheit verschafft."

Digitized by Google

Der Unanfechtbarkeit des Rechtsspruchs kann dessen Vollstreckbarkeit nicht vorauseilen (§ 466 ZPO.), vielmehr schmiegt sich letztere an erstere an. Ausnahmen ergeben sich in doppelter Richtung: einmal wenn gegen ein bestätigendes Leistungsurteil der zweiten Instanz Revision erhoben wird, in welchem Falle das Urteil zwar verbindlich, d. i. vollziehbar, aber nicht rechtskräftig, d. i. unanfechtbar ist (§ 505 III ZPO.); weiters, wenn die Leistungsfrist einer Geldschuld bei Eintritt der Rechtskraft des Urteils nicht abgelaufen ist, weil sodann der Richterspruch unanfechtbar, aber vorerst nicht vollziehbar, sondern bloß sicherstellbar ist, sofern die Gefahr einer Vereitlung oder Erschwerung der Zwangsvollstreckung droht (§§ 370, 372 EO.).

Die Verfügungen in Sachen freiwilliger Gerichtsbarkeit formen und gestalten Rechtsbeziehungen im Interesse des Alleinberechtigten oder unter Interessenharmonie aller Mitbeteiligter. Mit der äußerlich erkennbaren Erlassung (Zustellung) der angestrebten richterlichen Verfügung ist für die Beteiligten der Zweck gerichtlichen Eingreifens erreicht. Nur bei gleichzeitiger Beteiligung mehrerer Personen an derselben Angelegenheit kann trotz grundsätzlicher Übereinstimmung ihrer rechtlichen Interessen dennoch im einzelnen eine andere, als die erfolgte Regelung, dem Gesetze oder gewichtigen Zweckmäßigkeitsrücksichten entsprechender sein und durch Beschwerde zu erreichen versucht werden. Endlich können durch die Reflexwirkung der Verfügung die Rechtsinteressen von Personen, die bisher an dem Verfahren gar nicht beteiligt waren, indirekt berührt und deshalb nun auch für sie präventiver Schutz mittels Beschwerde in Anspruch genommen werden (§ 241 Pat.).

Im Verfahren außer Streitsachen ist demzufolge zu unterscheiden zwischen dem Zeitpunkte der Wirksamkeit und jenem der formellen Rechtskraft einer Verfügung. Formelle Rechtskraft bedeutet auch hier die Unanfechtbarkeit der richterlichen Verfügung infolge unterbliebener Benützung oder der Erschöpfung des Rechtsmittelzuges. Wirksamkeit dagegen bedeutet den Eintritt der, mit der Verfügung beabsichtigten rechtlichen Folgen; sie fällt regelmäßig bereits mit der Zustellung der Verfügung zusammen, wenn der Richter nicht ausnahmsweise die Rekursfrist abzuwarten für notwendig erachtet. Ohne Verständigung von ihrem Inhalte durch Zustellung kann die Verfügung gegen den betreffenden Beteiligten nach keiner Richtung irgend eine

Digitized by Google

Wirkung äußern.[8]) Dies gilt auch von oberstgerichtlichen Entscheidungen, bei denen nicht der Ausfertigungs-, sondern der Zustellungstag maßgebend bleibt.

Selbstredend knüpft sich an die bereits eingetretene Unabänderlichkeit einer Verfügung deren, bis dahin ausnahmsweise aufgeschobene Wirksamkeit (§ 12, I Pat.).

Die sofortige Wirksamkeit der getroffenen Verfügung nach ihrer schriftlichen Mitteilung an den Beteiligten entspricht dem Zwecke des Verfahrens freiwilliger Gerichtsbarkeit, nämlich zuverlässiger Rechtsgestaltung durch Rechtserwerb, -Änderung oder -Aufhebung in seinem Interesse, weshalb die bezweckte Wirkung sobald als möglich eintreten soll. Dem Gerichte wird aber vom Gesetze die Befugnis eingeräumt, mit Rücksicht auf die bunte Mannigfaltigkeit der zu gestaltenden Rechtsbeziehungen ausnahmsweise die Wirksamkeit der erlassenen Verfügung bis zum Eintritte ihrer Rechtskraft aufzuschieben, wenn anderen Falles zum Nachteile eines gesicherten Rechtsverkehres rechtliche Situationen geschaffen würden, die späterem Wechsel unterworfen blieben. Es entspricht dies dem Interesse des Beteiligten, dem eine zeitlich aufgeschobene aber unerschütterliche Rechtsgestaltung erwünschter sein muß, als eine augenblicklich wirksame aber labile.

Die rechtskräftige Streitentscheidung schließt neuerliche Geltendmachung der endgültig erledigten Rechtssache zwi-

---

[8]) Keine Ausnahme von dieser Regel bildet die Vorschrift des § 265 Pat., daß die *legitimatio per rescriptum principis* von dem Tage der ah. Entschließung an Rechtswirkung äußert, weil es sich hiebei nicht um eine gerichtliche Verfügung, sondern um ein sogenanntes administratives Privileg (vgl. oben S. 230) handelt. Da mit diesem Zeitpunkte die Rechtsfolgen der §§ 162, 753 ABGB. eintreten, kann nicht bezweifelt werden, daß eines von zwei durch landesfürstliche Gnade legitimierten Geschwistern bei Vorsterben beider Eltern ein gesetzliches Erbrecht auf den Nachlaß des hierauf mit Tod abgegangenen anderen besitzt (E. Z. 1702 zit. Sammlung, Neue Folge) und daß die Zurückweisung der Erbserklärung irrig war, welche nur die uneheliche Geburt beider Geschwister berücksichtigte und es ignorierte, daß sie nicht nur im Verhältnisse zu ihrem gemeinsamen Erzeuger, sondern auch zu einander die Rechte ehelicher Abstammung durch die nachgefolgte Legitimation erworben hatten. Die während des Status der Unehelichkeit von dem später Legitimierten erworbenen Rechte können ihm selbstverständlich nicht entzogen werden; mit Recht hat somit die E. 773 (Neue Folge zit. Sammlung) das Begehren um Ausfolgung der für ein uneheliches Kind erlegten Abfindungssumme nach der *legitimatio per subsequens matrimonium* an den ehelichen Vater unter Hinweis auf § 149 ABGB. abgewiesen.

Digitized by Google

schen den Streitparteien vollends aus (§ 240 ZPO.). Dies ist nur folgerichtig und gerecht zugleich, da das Urteil bei Geltung der Verhandlungsmaxime im wesentlichen ein Ergebnis der Parteientätigkeit ist (*judicio contrahitur* fr. 3, § 11, D. XV, 1), deshalb aber auch im Regelfalle[4]) nur zwischen den Parteien seine Wirkung äußert (§§ 411, 530, Z. 6 ZPO.). Der Wert der *res judicata*, der in der Erzielung möglichster Rechtssicherheit durch unanfechtbare Anerkennung des Rechtszustandes als eines gesetzmäßigen beruht, beschränkt sich jedoch nicht auf die Parteien des abgeführten Rechtsstreites. Vom Standpunkte der Gesamtheit, des Staates aus bedeutet die Rechtskraft die sparsamste Ausnutzung der Tätigkeit aller, mit der Rechtssprechung betrauter Staatsorgane. „Recht wird gesprochen, damit das als bestehend anerkannte Rechtsverhältnis unanfechtbar bleibe.“[5])

Der mit der Rechtskraft des Urteils herbeigeführte Rechtsfrieden ist sonach von Amts wegen zu berücksichtigen § 411 ZPO. und die *res judicata* bindet insoweit das Gericht für die

---

[4]) Mit bewährtem Scharfsinne hat Bülow (Zivilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten im Archiv für zivilrechtliche Praxis, 62. Bd., S. 75 ff., 93) hervorgehoben: „Darin, daß im Zivilprozesse das konkrete Recht erst durch die Bemühungen der Parteien herausgearbeitet wird, liegt der Grund, weshalb die Rechtskraft des Urteils auf die Parteien und auf den von ihnen zum Rechtsspruch verstellten Anspruch beschränkt bleiben muß.“ Über die ausnahmsweise erfolgte Erstreckung der Rechtskraft eines Urteils gegenüber Dritten nach österreichischem Recht vgl. meine: Systematische Einführung in das Studium des neuen Zivilprozeßrechts, 1898 (böhmisch), II. Bd., S. 272, insbesondere S. 284 und damit im wesentlichen übereinstimmend Dr. Nosek in der österr. GZ., 1899, Z. 29, 30. Über die Rechtskraftwirkung gegenüber Dritten nach deutschem Rechte vgl. Mendelssohn-Bartholdy, Grenzen der Rechtskraft (1900), S. 300 ff.; Konrad Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft (1901), S. 51 ff., welcher zwei Gruppen der Fälle unterscheidet, in denen die volle Rechtskraftwirkung auf Dritte erstreckt wird, und zwar Fälle, wo dies infolge eines zivilistischen Abhängigkeitsverhältnisses des Dritten zu einer der Prozeßparteien eintritt und Fälle, in denen eine derartige zivilistische Grundlage der Ausdehnung der Urteilswirkung über die Parteien hinaus fehlt, weshalb es sich hiebei um eine auf prozeßrechtlichen Erwägungen beruhende Singularität handelt. Über die einzelnen Fälle vgl. dort S. 56 ff.

[5]) Vgl. Bernatzik, Rechtssprechung und materielle Rechtskraft, S. 112, 114. Der im Texte hervorgehobene Gedanke hat seine legislative Verkörperung in der Berücksichtigung der Rechtskraft von Amts wegen (§§ 240, 411 ZPO.) gefunden, wofür schon Bülow im zivil. Archiv, Bd. 83, S. 140 und Kohler, Prozeßrechtliche Forschungen, S. 98, eintraten.

Digitized by Google

Zukunft. Auch in einem später anhängig werdenden Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit muß gemäß § 2, Z. 5 Pat. von Amts wegen hierauf Rücksicht genommen werden. Handelt es sich doch um das staatliche Interesse vollster Autorität der Rechtssprüche und damit um die Sicherheit des Rechtsverkehres.

Die durch Rechtskraft geschaffene Streitlosstellung wird zerstört durch eine Doppelentscheidung. Findet somit die Partei ein über denselben Anspruch früher ergangenes, rechtskräftig gewordenes Urteil, das zwischen ihr und ihrem früheren Gegner Recht schuf, oder wird sie erst nun in den Stand gesetzt, es zu benützen, nachdem ein abermaliges Verfahren in derselben Streitsache und unter den Parteien des durchgeführten Prozesses mit einem neuerlichen Urteile seinen Abschluß fand, so bietet im Prozesse die Wiederaufnahmsklage (§ 530, Z. 6 ZPO.) die erforderliche Abhilfe.

Im Gegensatze zu der, in der Regel auf die Parteien beschränkten Rechtskraft der Urteilssprüche gilt der Satz: *sententia jus facit inter omnes* ausnahmsweise in Prozessen über Statusfragen, d. i. über Ehegültigkeit und -Trennung, sodann über Legitimität eines Kindes, in welchen durch die Beteiligung des Ehebandsverteidigers und des Kurators zur Verteidigung der ehelichen Geburt für die erschöpfende allseitige und wahrheitsgetreue Ermittlung des entscheidenden Sachverhaltes vorgesorgt ist (§§ 97, 115, 158 ABGB).

In Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist die Frage einer näheren Erörterung bedürftig, ob den hier erfließenden Verfügungen außer der formellen Rechtskraft, d. i. ihrer Unanfechtbarkeit, auch die im Prozesse stets hieran sich knüpfende materielle Rechtskraft beigelegt wird, d. h. ob ihnen eine das betreffende Rechtsverhältnis endgültig feststellende Kraft beizumessen ist. Wird erwogen, daß hier die Stoffsammlung und damit Beschaffung der Grundlagen für die richterliche Verfügung nicht, wie im Prozesse, der Rührigkeit und Sachkunde der im eigenen Interesse an der Sache unmittelbar Beteiligten überlassen bleibt, vielmehr der von Amts wegen betätigten Erhebungspflicht des Gerichtes zu verdanken ist, so kann kaum bezweifelt werden, daß im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit eine zum mindesten ebenso verläßliche Basis der zu regelnden Rechtsbeziehungen geschaffen wird, wie im Rechtsstreite. Ist nun die Gewähr gründlicher, erschöpfender Ermittlung dieser

Digitized by Google

Grundlage geboten und damit dem Privatinteresse genügt, dann fordert nicht bloß das wirtschaftliche Moment der Kostenerübrigung, sondern auch das öffentliche Interesse an der Erzielung möglichster Rechtssicherheit und an sparsamer Ausnutzung der Tätigkeit staatlicher Behörden die Anerkennung der materiellen Rechtskraft der, das Verfahren abschließenden Verfügungen in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Mit Recht hat sonach das Gesetz die materielle Rechtskraft der Verfügungen freiwilliger Gerichtsbarkeit grundsätzlich anerkannt, wie der Überschrift und dem Wortlaute des § 18 Pat. zu entnehmen ist. Sie äußert sich rücksichtlich aller an der gepflogenen Verhandlung Beteiligter (§ 18, II Pat.). Eine Nachprüfung der getroffenen rechtskräftigen Verfügung durch andere Gerichte, sei es im Prozesse oder im außerstrittigen Wege, ist im Regelfalle ausgeschlossen.[6])

Nur in Fällen, in welchen entweder die Rechte Dritter, bei der Verhandlung ohne ihr Verschulden (§ 2, Z. 4 Pat.) nicht eingeschrittener Interessenten[7]) „eintreten", d. h. unmittelbar berührt werden, oder in denen das Gesetz den an dem Verfahren

---

[6]) Selbstverständlich bezieht sich dies nur auf die Fälle definitiver Regelung des Rechtsverhältnisses im außerstrittigen Verfahren, nicht aber auf solche, bei denen nur ein provisorischer Rechtsschutz bis zur völligen Klarstellung der Rechtslage in Frage kommt. Aus diesem Gesichtspunkte ist die Anordnung des § 42 GrdbO. folgerichtig, gemäß deren die unterlassene oder erfolglos gebliebene Rekurserhebung gegen einen Vormerkungsbescheid dem Geklagten im Rechtfertigungsstreite nicht im Wege steht, alle seine Einwendungen gegen den Bestand des vorgemerkten Rechtes anzubringen. Handelt es sich doch im Pränotationsverfahren nur um einen mittlerweiligen, betreffs seiner definitiven Wirkung von der nachträglichen Rechtfertigung abhängigen Rechtserwerb. Es kann somit die Unabänderlichkeit der richterlichen Verfügung betreffs einstweiliger Sicherung des Rechtes nicht die Wirkung einer unabänderlichen Feststellung des rechtlichen Bestandes dieses Rechts besitzen. Mag immerhin die Vormerkung eines dinglichen Rechtes heutzutage ihrem Wesen und ihrer Tragweite nach (wenn auch nicht ihrer historischen Entstehung nach; vgl. Dr. Johanny, Pfandrechtspränotation, S. 10 ff.) weitab liegen von der einstweiligen Verfügung vor Einleitung des Prozesses (§ 378 ff. EO.), so kommen beide darin überein, daß nachträglich erst die Existenz des Rechtsanspruches, zu dessen Schutze sie dienen sollen, durch eine binnen bestimmter Frist anzubringende Klage festzustellen ist (§ 42 I GrdbG., § 391 II EO.).

[7]) Aus dem Wesen der Sache folgt, daß gegen ein Amortisationserkenntnis der Vorbehalt einer Klage nach § 18 Pat. unzulässig ist (E. Z. 2541 zit. Sammlung). Auch einen Ausspruch auf Heimfallserklärung alter Depo-

Digitized by Google

Beteiligten ein eigenes Klagerecht gewährt, kann eine weitere rechtliche Erörterung der Angelegenheit im Rechtswege Platz greifen (§ 18, II Pat.). Ein Beispiel der ersteren Art gewährt die Erbschaftsklage des Erben aus einem erst nach Rechtskraft der Einantwortungsurkunde entdeckten Testamente (§ 180 Pat.) gegen den gesetzlichen Erben[8]), ein Beispiel der letzteren dagegen bilden Klagen des vormaligen Mündels oder Pflegebefohlenen gegen seinen gesetzlichen Vertreter, wenn in den gerichtlich erledigten Rechnungen über die Vermögensgebarung Rechnungsverstöße vorfielen oder aus Versehen einzelne anzusetzende Posten ausgelassen[9]) wurden (§§ 216, 219 Pat., §§ 242, 282 ABGB.).

Die Wichtigkeit der Sache rechtfertigt es, daß anknüpfend an den vorerwähnten Fall an dieser Stelle einige Bemerkungen eingeschaltet werden, um die Tragweite des im Pat. § 177 gebrauchten Ausdruckes: „die Einantwortung ist rechtskräftig" zu begrenzen. Die Einantwortungsurkunde als die, eine Verlassenschaftsabhandlung erledigende Verfügung kann naturgemäß nicht Erbrechte schaffen, sondern nur bestehende „anerkennen" (§ 819 ABGB. *verba:* „der rechtmäßige Erbe vom Gerichte über die angebrachte Erbserklärung erkannt"), und dem Erben die erforderliche Legitimation für den Rechtsverkehr bieten (§ 174 Pat). Sie ist eben eine Verfügung deklarativer Natur.[10]) Sofern also

siten unter gleichzeitigem Vorbehalt des ordentlichen Rechtsweges erachtet der Oberste Gerichtshof in einer unter Z. 113 im V. Jahrg. der Mitteilungen für den Finanzprokuratursdienst (1905) veröffentlichten Entscheidung für unvereinbar.

[8]) Ein ferneres Beispiel bietet der in den Oberstgerichtlichen Entscheidungen (Sammlung Pfaff-Schey-Krupský, Neue Folge, I. Bd., Nr. 200) hervorgehobene Fall der Testamentsungültigkeitsklage wegen fehlender Testamentszeugenfähigkeit (§ 592 ABGB.), die der gesetzliche Erbe gegen den Testamentserben nach Einantwortung der Erbschaft erhob. Mit Recht betont der Oberste Gerichtshof, daß mit dem siegenden Kläger keine neuerliche Verlaßabhandlung zu pflegen, sondern von diesem der im § 823 ABGB. offengehaltene Klageweg zu betreten war.

[9]) Unter Aufhebung der Erledigungen beider Unterinstanzen hat der Oberste Gerichtshof (E. Nr. 13.380 der oft zit. Sammlung) der Pflegschaftsbehörde aufgetragen, infolge der ihr erstatteten Anzeige bezüglich einer übergangenen, in bereits rechtskräftig erledigten Rechnungen des gesetzlichen Vertreters nicht verrechneten Einnahmspost von Amts wegen die Berichtigung zu veranlassen (§ 2, Abs. 5 Pat.), ohne sich dieser Pflicht durch Verweisung auf die seinerzeitige Schlußrechnung des Vermögensverwalters entschlagen zu können.

[10]) Soweit es sich um die „Anerkennung des wahren Erben" (§ 819 ABGB., § 174, Z. 2 Pat.) handelt, äußert sich die Rechtskraft der Einantwortungsurkunde auch in der Richtung, daß eine Abänderung in diesem Punkte selbst bei Ver-

Digitized by Google

Bestand und Umfang von Erbansprüchen in Frage kommen, muß auf den, die Grundlage der Einantwortung bildenden Erbrechtstitel und auf die im Laufe des Abhandlungsverfahrens abgegebenen Erklärungen zurückgegangen werden. Über den Umfang des Nachlaßvermögens enthält die Einantwortungsurkunde keine Erwähnung, vielmehr sind diesfalls das Inventar (§ 97 Pat.) oder ein eidesstättiges Vermögensbekenntnis (§ 114 Pat.) maßgebend.[11]) Welche Vermögensobjekte den einzelnen Miterben bei einer, vor der Einantwortung vollzogenen gerichtlichen Erbschaftsteilung zufielen, ist lediglich der Teilungsurkunde zu entnehmen, auf welche sich die Einantwortungsurkunde nur im allgemeinen zu beziehen hat (§§ 169, 171, II, 174 Z. 2 Pat.).

Nach dieser kurzen Skizzierung der „Rechtskraft" der Einantwortungsurkunde möge zur Erörterung der Rechtskraft im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit überhaupt rückgekehrt werden. Wenn auch nach den vorausgeschickten Ausführungen die rechtskräftige Verfügung im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit dem § 18 Pat. gemäß selbst für einen nachfolgenden Rechtstreit bindende Wirkung betreffs der mit dieser Verfügung geregelten Rechtsfrage äußert, so ist es doch klar, daß die bei Ablehnung einer Verfügung ausgesprochene rechtliche Beurteilung für den nachfolgenden Prozeß keine präjudizielle Wirkung bezitzt. Wenn z. B. dem Begehren um Einleitung eines Amortisationsverfahrens betreffs eines Wechsels wegen vermeintlichen Abgangs

---

letzung der zu beobachtenden Erbfolgeordnung zwischen den bei der Abhandlung eingeschrittenen Interessenten (§ 735 ABGB.) im Rechtswege ausgeschlossen ist vgl. E. Z. 4396 zit. Sammlung). Eine dem klar ausgesprochenen Willen des Erblassers widerstreitende Einantwortungsurkunde kann mit Rücksicht auf ihr Wesen und die positiven Vorschriften der §§ 158, 149 b Pat. niemals in Rechtskraft erwachsen (vgl. Z. 601 zit. Sammlung, Neue Folge).

[11]) Die verlaßbehördliche negative Entscheidung über die zwischen den Erben zweifelhafte Frage, ob eine zur Todeszeit des Erblassers in dem Besitze eines von ihnen befindliche, auf den „rechtmäßigen Besitzer" lautende Assekuranzpolizze in den Nachlaß einzubeziehen sei, präjudiziert selbstverständlich nicht einem Verlassenschaftsgläubiger, welcher die von der Versicherungsgesellschaft zu Gericht erlegte Versicherungssumme pfändete (arg. § 97 Pat.), doch müßte er in dem Entpfändungsstreite (§ 37 EO.) zu Gunsten seines Sonderrechts gegen den klagenden Erben als den Besitzer der Polizze neue, in dem früheren offiziosen, ohne seine Teilnahme durchgeführten Verfahren nicht gewürdigte tatsächliche oder rechtliche Verhältnisse dartuen, um zu siegen (zit. Sammlung, Neue Folge. I. Bd., Nr. 257).

Digitized by Google

eines der wesentlichen Erfordernisse desselben (Art. 4, 96 WO.) keine Folge gegeben und dieser Beschluß rechtskräftig wurde, kann dem, nach Auffindung des Wechseloriginals über die Wechselklage erlassenen Zahlungsauftrage nicht in den Einwendungen mit Erfolg entgegengehalten werden, daß das Amortisationsgericht der in Frage kommenden, ihm in beglaubigter Abschrift vorgelegenen Urkunde die Wechseleigenschaft abgesprochen habe.

Selbstverständlich ist, daß mit Rücksicht auf eine wesentliche Änderung der Sachlage *(causa superveniens)* auch die unanfechtbare Verfügung eine Abänderung erleiden kann, da die der Gestaltung der Rechtsverhältnisse dienende richterliche Verfügung nicht eine Regelung für alle Zukunft gibt, sondern eine durch die jeweilig obwaltenden Umstände gebotene und ihnen angepaßte Maßregel trifft, somit stets nur *sub clausula rebus sic stantibus* Geltung behält, z. B. die Entscheidung darüber, wer nach Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft die Handelsbücher aufbewahren soll (Art. 145 HGB.), falls der ursprünglich damit betraute Gesellschafter in Irrsin oder Strafhaft verfiel. Eine Wiederaufnahme des Verfahrens ist dies nicht; eine solche erfordert vordem schon bestandene und neu hervorgekommene Tatumstände, hier aber handelt es sich um neue, nach getroffener unanfechtbarer Verfügung eingetretene erhebliche Tatumstände.

Insoweit die Tätigkeit des Gerichts im Gebiete freiwilliger Gerichtsbarkeit in einer Beurkundung gipfelt[12]), kann bei solchen, im Gegensatze zu Verfügungen, von einer Rechtskraft keine Rede sein. Zwar bewirkt eine gerichtliche Beurkundung gegen jedermann vollen Beweis (§ 292 ZPO.) über die bezeugten Tatumstände und übt somit eine, über den Kreis der hieran Beteiligten reichende Wirkung aus. Gleichwohl bleibt stets Gegenbeweis vorbehalten (§ 292 II ZPO.).

[12]) Nicht zu übersehen sind die markanten Unterschiede zwischen ämtlichen Beurkundungen und Verfügungen. Eine Beurkundung stellt in der gebotenen Schriftform Tatsachen von rechtlicher Relevanz über jeweiliges Begehren des hieran rechtlich Interessierten und unter Vorbehalt einer durch allfälligen Gegenbeweis erfolgenden Widerlegung der bestätigten Tatsache fest; die beurkundende Amtsperson (z. B. Notar) muß nicht notwendigerweise Verfügungsmacht genießen. Wiederholte Beurkundung gleichen Inhalts ist zulässig. Verfügungen sind Ausflüsse der zur Ausführung staatlicher Regierungsgewalt (auch der Gerichtsbarkeit) berufenen Behörden (Gerichte), können je nach der Art des Verfahrens, in welchem sie ergehen, von Amts wegen oder über Ansuchen schriftlich oder

Digitized by Google

Auch steht außer Frage, daß ein zivilrechtlich ungültiges oder anfechtbares Rechtsgeschäft durch rechtskräftige gerichtliche Genehmigung im außerstrittigen Verfahren niemals gegen die Ungültigerklärung oder Anfechtung im Rechtswege gefeit und gesichert wird. Fälle dieser Art können sich bei Rechtsgeschäften über Verlassenschafts- und Mündelgut (§§ 145, 187 Pat.) und bei gerichtlichen Erbschaftsteilungen (§§ 169, 171 Pat.) gemäß §§ 871, 933, 1487 ABGB. ergeben. Ungeachtet dessen, daß eine besondere Anfechtung der vom Gerichte erteilten Genehmigung oder Bestätigung unzulässig ist, wird mit der Hinfälligkeit des Rechtsgeschäftes im Prozeßwege auch diese von selbst kraftlos, ähnlich wie nach dem Anfechtungsgesetze bei anfechtbaren Rechtshandlungen, für die ein vollstreckbares Urteil erlangt oder die selbst durch Exekutionsakte begründet wurden (§ 12, Ges. vom 16. März 1884, Z. 36 RGBl.). Unter der Geltung des älteren Rechts konnte über die Zulässigkeit der Erhebung einer Klage auf Ungültigkeit eines Rechtsgeschäfts, trotz seiner gerichtlichen Genehmigung, mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 54 des Pat. vom 3. Mai 1853, Z. 81 RGBl., überhaupt kein Zweifel aufkommen.

Insoweit der im außerstrittigen Verfahren von den Beteiligten erstrebte Zweck nur einen juristischen Effekt durch Regelung der Rechtslage, aber unmittelbar keinen praktischen Erfolg durch äußere Gestaltung der Lebensverhältnisse bezielt, kann von einer zwangsweisen Vollstreckung nicht gesprochen werden. Es tritt die, mit der Verfügung bezweckte rechtliche Situation von selbst ein, ohne daß besondere Veranlassung getroffen werden müßte, um ihr die tatsächlichen Verhältnisse anzupassen, z. B. Entlassung aus der väterlichen Gewalt (§ 266 Pat.). Die gerichtliche Verfügung übt an sich durch ihren Rechtsbestand volle Wirkung aus; einer Verwirklichung durch gerichtliche Zwangsgewalt bedarf es

---

mündlich erfließen und bestehen in der endgültigen Regelung einer Rechtsangelegenheit durch autoritativen Ausspruch des dazu bestellten Staatsorgans, vorbehaltlich allfälliger Abänderung im Instanzenzuge. Eine rechtskräftige Verfügung schließt eine neuerliche Verfügung in derselben Sache aus (vgl. Dr. Tezner, Handbuch des österreichischen Administrativverfahrens, 1896, S. 192). Der Verfügung parallel läuft eine Beurkundung durch bloßen Stempelaufdruck bei Übernahme von Wertpapieren in gerichtliche Verwahrung und bei ihrer Ausfolgung nach Wegfall des Grundes (Vdg. vom 16. November 1850, Nr. 448 RGBl. §§ 36, 46).

Digitized by Google

nicht. In ähnlicher Weise, wie bei Feststellungsurteilen von einer Zwangsvollstreckung begrifflich nicht gesprochen werden kann, ist auch bei gerichtlichen Verfügungen in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die kein Gebot oder Verbot enthalten, also bei Bestätigungen, Genehmigungen, Ermächtigungen (§ 6 EG. zum HGB.) von einer solchen keine Rede. Wenn aber auch an eine Zwangsvollstreckung bei Verfügungen deklarativen Charakters ihrem Wesen nach nicht gedacht werden kann, ist nicht ausgeschlossen, daß die Beteiligten selbst, auf sie gestützt, einen äußeren rechtlichen Erfolg bewirken können, z. B. durch Verbücherung der Einantwortungs- oder Legatszuweisungsurkunde (§§ 177, 178 Pat.).

Wohl ist aber zu beachten, daß Verfügungen in nicht streitigen Rechtsangelegenheiten von den Beteiligten selbst durch das, der getroffenen gerichtlichen Verfügung entsprechende Verhalten in ihren Rechtsbeziehungen in der Regel sogleich in Vollzug gesetzt werden können (§ 12 I Pat.). Ein aus der väterlichen Gewalt entlassener Haussohn erlangt somit schon mit der Zustellung der gerichtlichen Verständigung die Rechte eines Großjährigen in Rücksicht auf seine Person und sein Vermögen (§ 266 Pat.). Aus der Natur der Legitimation durch landesfürstliche Gnade als eines administrativen Privilegs folgt, daß sich ihre Rechtswirkungen sogar vom Tage der ah. Entschließung und nicht erst der erlangten Kenntnis hievon äußern (§ 265 Pat.).[18])

Aber auch bei den von den Interessenten selbst in Vollzug zu setzenden Verfügungen ergeben sich kraft gesetzlicher Weisung Ausnahmen von der Regel der Vollzugsmöglichkeit ohne Aufschub, indem vorerst deren Rechtskraft abgewartet werden muß. Rücksichten auf die Sicherheit des Rechtsverkehrs führten dazu. Einmal gilt dies betreffs grundbücherlicher Eintragungen auf Grund der Einantwortungsurkunde, weil das die öffentlichen Bücher beherrschende Publizitätsprinzip für die Eintragung des Rechtsnachfolgers eine unerschütterliche Grundlage fordern muß (§ 177 Pat.). Sodann bei Erteilung des gerichtlichen Ehekonsenses

[18]) Selbstverständlich ist es kein Akt der Zwangsvollstreckung, wenn das Gericht zugleich mit der Verständigung der Interessenten von der Erteilung des ah. Gnadenakts die Anmerkung der eingetretenen Legitimation in der Geburtsmatrik veranlaßt (§ 265 II Pat.). Damit sorgt es lediglich um die Richtigstellung des Standesregisters, dem die vollbeweisenden Urkunden über Legitimität eines Kindes entnommen werden.

Digitized by Google

für einen Mündel oder gerichtlich erklärten Verschwender (§ 49 ABGB.) trotz ungünstiger Äußerung des gesetzlichen Vertreters oder erst in zweiter Instanz, offenbar wegen der, gegenteiligen Falles vorliegenden Unmöglichkeit der Wiederherstellung des *status quo*. Bei Zustimmung des gesetzlichen Vertreters und des Gerichts ist der Konsens sogleich vollziehbar. Es zeigt sich eben hierin der Unterschied zwischen der verschiedenen Funktion des Ehekonsenses; im ersteren Falle hat er den Charakter einer Verfügung, im letzteren überwiegt der Charakter einer Solemnisation, wie in der offiziellen Sammlung der Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes (V. Bd., Nr. 721, S. 263) betont wird.

Handelt es sich um die Erzielung eines bestimmten äußeren Erfolges dritten Personen gegenüber in Gemäßheit einer endgültigen Regelung des nicht streitigen Verhältnisses durch richterliche Verfügung, indem ein bestimmter angestrebter Zustand geschaffen oder vorliegende Hindernisse einer bestimmten Willensbetätigung beseitigt werden sollen, also um Durchsetzung eines ergangenen Gebots oder Verbots, so muß die staatliche Zwangsgewalt in Anspruch genommen werden. Dies setzt freilich Wirksamkeit der Verfügung und Ablauf der Leistungsfrist betreffs des Gebots, beziehungsweise die Nichtbeachtung des Verbots durch gegenteiliges Handeln voraus (§ 19 Pat., § 1, Z. 6, § 7 EO.). Der in der richterlichen Verfügung kundgegebene Wille der Staatsgewalt muß durch staatlichen Zwang seine Verkörperung in den äußeren Lebensverhältnissen finden — er muß vollzogen werden durch Zwangsvollstreckung. Mit Recht betont die Staatsrechtslehre, daß im Staatswesen die Sachen ganz ähnlich liegen, wie im gewöhnlichen Leben, wo der Einzelne seine individuellen Lebensaufgaben nicht durch sein Denken und Wollen, sondern durch sein Tun und Handeln verwirklicht. „Handlung weist aber auf die durch die Hand sich äußernde physische Kraft im Gegensatze zur geistigen Tätigkeit".[14])

Betätigung staatlicher Zwangsgewalt muß in Konsequenz der Bestimmung des Staatsgrundgesetzes über die Regierungs- und Vollzugsgewalt, Art. XI, stets auf einer, dieselbe schaffenden und

---

[14]) Laband, Staatsrecht des Deutschen Reichs (III. Aufl.), II. Bd., S. 644; Menger, Zur Lehre von der Exekution (Archiv für zivilrechtliche Praxis, LV. Bd., S. 372).

Digitized by Google

begrenzenden Norm fußen. Für das Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit ist dies § 19 Pat, § 1, Z. 6 EO.

Die zwangsweise Durchsetzung der mit einem gerichtlichen Urteile zuerkannten Leistung erfolgt ausnahmslos über Ansuchen des Siegers (auch des Geklagten bei Prozeßkosten) als betreibenden Gläubigers (§§ 3, 54 EO.). Eine Zwangsvollstreckung von Amts wegen kennt das Prozeßrecht nur zur Hereinbringung von, nicht im privatrechtlichen Interesse erfolgenden Leistungen, nämlich von Ordnungs- und Mutwillensstrafen (§ 220 ZPO., Art. XIII, Z. 4 EO.), von gewissen Gebühren gerichtlicher Organe (Art. XXXIV ZPO., MV. vom 3. Juli 1854, Z. 169 RGBl., § 29; dann GeschO. §§ 110, 111) und endlich der, dem Zwangsverwalter rechtskräftig auferlegten Ersätze (§ 118 EO.). Dagegen gestattet das Gesetz über Verfahren außer Streitsachen (§ 19 Pat.)[15]), daß — abgesehen von dem auch hier regelmäßig abzuwartenden Ersuchen der Interessenten — ausnahmsweise das Gericht „nach Umständen" entweder die Exekution von Amts wegen anordnen oder einen Kurator zur Ergreifung der Exekutionsschritte bestellen kann. Gewiß wird man nicht fehlgehen, wenn in dieser Hinsicht das Interesse gesetzlicher Schutzbefohlener (§ 187 ABGB.), für welche nach ausdrücklicher Weisung des § 2 princ. Pat. stets von Amts wegen zu sorgen ist, sowie die Obsorge für unversehrte Erhaltung des Stammvermögens eines Fideikommisses (§ 627 ABGB., §§ 251, 254, 256 Pat.) als maßgebend angesehen werden, zumal selbst Depurationsrückstände von Amts wegen einzutreiben sind.

Irrig wäre es jedoch, diesen Fällen auch die von Amts wegen eintretende Durchführung bücherlicher Eintragungen auf Grund der Einantwortungsurkunde bei Säumigkeit des Erben (Ges. vom 23. Mai 1883, Z. 82 RGBl., § 2) anzureihen. Hiebei handelt es sich nicht um zwangsweise Vollstreckung eines Gebots oder Verbots, sondern um amtswegige Bewilligung von Eintragungen als dem Korrektiv der Untätigkeit des zum Ansuchen Berechtigten,

---

[15]) Darin, daß das österreichische Recht im § 19 Pat. die richterliche Zwangsgewalt in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit genau regelte, bestand ein großer Vorzug desselben gegenüber anderen Ländern, z. B. Sachsen, Baden und Hessen, welche trotz umfassender Neuregelung der nichtstreitigen Rechtspflege im XIX. Jahrhunderte keine Vorschriften besaßen, die dem Richter allgemein den Weg zur Vollziehung seiner Verfügungen wiesen (Zeitschr. für deutschen Zivilprozeß, XXIX. Bd., S. 442).

Digitized by Google

damit die zur vollen Wirksamkeit des Publizitätsprinzips erforderliche Übereinstimmung des öffentlichen Buches mit der wirklichen Rechtslage herbeigeführt werde.

Die Zahl der im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit bisher gesetzlich anerkannten Exekutionstitel hat mit Erlassung der Exekutionsordnung keine Vermehrung erfahren.[16]) Die Anordnung des § 1, Z. 6 EO. will lediglich gegenüber der Derogierungsklausel des Art. I EO. die bis dahin geltenden, im außerstrittigen Verfahren geschaffenen Grundlagen einer Zwangsvollstreckung unberührt erhalten, weshalb auch des mit dem *pactum executivum* ausgestatteten Notariatsakts im § 1, Z. 17 EO., besonders gedacht wird.

Die Grundlagen der Anwendung der Zwangsgewalt müssen aber „Exekutionstitel" sein, d. h. ihnen muß die Person des Berechtigten und Verpflichteten, Gegenstand, Art, Umfang und Zeit[17]) der geschuldeten Leistung zu entnehmen sein (§ 7 EO.), so z. B. die Mängelerledigung einer Vormundschaftsrechnung § 212 Pat., die Erledigung eines Depurationsausweises § 251 Pat.[18]) Dagegen können Aufforderungen an den Inhaber einer angeblichen Verlassenschaftssache (§ 104 Pat.) wegen deren Rückstellung oder an den Verlassenschaftsschuldner[19]) wegen Bezahlung seiner Schuld (§ 100 Pat.), ähnlich an den Schuldner eines Pupillen oder Ku-

---

[16]) Vgl. Neumann, Kommentar zur Exekutionsordnung, S. 19. Auch darin ist keine Änderung eingetreten, daß der zwangsweise Vollzug der durch eine rechtskräftige Entscheidung oder durch eine zwischen den Interessenten getroffene Vereinbarung festgestellten Enteignung im Eisenbahnexpropriationsverfahren und zum Zwecke unschädlicher Ableitung von Gebirgswässern der politischen Bezirksbehörde, dagegen die Zwangsvollstreckung der die Entschädigung betreffenden Entscheidung dem Bezirksgerichte zusteht (§§ 35, 36 Ges. vom 18. Februar 1878, Z. 30 RGBl.; § 16 Ges. vom 30. Juni 1884, Z. 117 RGBl.). Vgl. Pražák, Kompetenzkonflikte (böhmisch), 1886, II. Bd., S. 174 ff.; Randa, Eigentumsrecht, II. Aufl., 1893, S. 197.

[17]) Da Verfügungen über nichtstreitige Rechtsangelegenheiten sogleich in Vollzug gesetzt werden können, wenn nichts anderes bestimmt wurde (§ 12 I Pat.), kann der Mangel einer Zahlungsfrist in der das Heiratsgut ziffermäßig festsetzenden Verfügung (§ 1221 ABGB.) deren Vollstreckbarkeit nicht im Wege stehen (E. Z. 1703 der zit. Sammlung, Neue Folge).

[18]) Die E. Z. 3912 zit. Sammlung bewilligte auf Grund der Erledigung der Fideikommißseparation wegen der aus dem Allod zu leistenden Ersätze (§ 225 Pat.) zwangsweise Pfandrechtseinverleibung.

[19]) Vgl. hierüber auch die oberstgerichtlichen Entscheidungen Z. 6244 und Z. 558 der zit. Sammlung, Neue Folge.

Digitized by Google

randen bei Fälligkeit des Kapitals wegen versäumter Zinsenfrist (§ 195 Pat.) zwar in Betätigung der Amtspflicht für die vollständige Erhebung des Verlassenschaftsstandes und für die Wahrung der Vermögensinteressen gesetzlicher Schutzbefohlener erlassen werden, um Prozessen vorzubeugen, aber Zwangsvollstreckung wäre nur auf Grund eines, gegen den Rückstellungspflichtigen oder den Schuldner erwirkten rechtskräftigen Urteiles zulässig.

Die auf Grund der rechtskräftig feststehenden Ergebnisse der Schlußrechnung zu erlassende gerichtliche „Anweisung" an den gesetzlichen Vertreter eines zur eigenen Vermögensverwaltung gelangten Mündels oder Pflegebefohlenen, das in seinen Händen befindliche Vermögen binnen einer bestimmten Frist zu übergeben und sich darüber auszuweisen (§§ 217, I, 219 Pat.), bringt die in §§ 263, 282 ABGB. anerkannte Übergabs-„Pflicht" zum formellen Ausdrucke und ist somit vollstreckbar.[20]) Dagegen können Einantwortungs- oder Legatszuweisungsurkunden (§§ 177, 178 Pat.) als bloße Legitimationsscheine weder gegen Erben, noch gegen Dritte einer Zwangsvollstreckung auf Herausgabe von Verlassenschaftsobjekten zur Grundlage dienen.[21])

Ausländische Exekutionstitel werden unter Einhaltung der in der Exekutionsordnung aufgestellten Bedingungen auch in Österreich vollziehbar sein, trotzdem sie in einem außerstrittigen Verfahren geschaffen wurden. Denn der im § 19, III Pat. enthaltene Hinweis auf die „Vorschriften der Zivilprozeßordnung" über die Exekution muß anbetrachts des Art. I EO., welcher die Geltung der Exekutionsordnung an Stelle aller älteren Vorschriften über Zwangsvollstreckung anordnet, nunmehr auf §§ 79—85 EO. bezogen werden. Der Versagungsgrund des § 81, Z. 3 E. O., betreffend die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung in Personenstandsfragen gegen Inländer wird hier praktische Bedeutung gewinnen (Neumann, Kommentar zur Exekutionsordnung, 1903, S. 293).

---

[20]) Dieser Auffassung scheint auch die E. Z. 7050 zit. Sammlung zu huldigen, die nur zur Erwirkung der Übergabe von, in Händen dritter Personen befindlicher Gegenstände des Mündels die Betretung des Rechtsweges fordert.

[21]) Dies anerkennen die Entscheidungen Z. 9996, 13.530 entgegen der älteren Praxis Z. 3829, 9825 (zit. Sammlung), welche die zwangsweise Besitzeinweisung des Miterben für zulässig erachtete.

Digitized by Google

Der Vollzug der Zwangsvollstreckung erfolgt auf Grund eines gültigen Exekutionstitels in gleicher Weise in beiden Gebieten des gerichtlichen Verfahrens unter Anwendung derselben Zwangsmittel[22]) und ohne daß der Verlauf des Vollstreckungsverfahrens Unterschiede aufweist. Denn die Exekutionsordnung regelt die Zwangsvollstreckung für die ordentlichen Gerichte überhaupt, ohne einen Unterschied je nach dem der Entscheidung oder Verfügung vorausgegangenen Verfahren zu machen (Art. I EO.; Motive des Entwurfes, S. 143). Auch die Kostenpflicht im Zwangsvollstreckungsverfahren auf Grund eines im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit geschaffenen Exekutionstitels richtet sich nicht nach den in diesem Verfahren geltenden Grundsätzen betreffs der Kosten, sondern stets nach den Vorschriften des § 74 EO.

Allen Zwangsvollstreckungsmitteln ist gemeinsam, daß sie geeignet sind, den der Staatsgewalt sich entgegenstellenden Widerstand zu brechen, die Ausführung ihrer Verfügungen zu erzwingen und den von ihr gewollten Zustand herzustellen. Die zur Erwirkung privatrechtlicher Leistungen dienlichen Zwangsmittel sind mit dem jeweiligen Kulturzustande auf das innigste verflochten.[23]) Von bloßer Unterstützung geregelter Selbsthilfe ent-

---

[22]) Den Vollzug einer vom Gerichte verfügten Übergabe des Kindes an seinen Vater nach den Vorschriften der Exekutionsordnung (§§ 354, 355) findet die E. Z. 1836 (zit. Sammlung, Neue Folge) unter Hinweis auf Art. XIII, Z. 3 EO. als dem Gesetze vollkommen entsprechend. Während aber eine ältere Entscheidung (Z. 8228 zit. Sammlung) die Verhängung des Exekutionsarrestes zur Erzwingung der Rückkehr der Gattin in das Haus des Mannes verweigerte, „weil dadurch die Erbitterung nur gesteigert, aber der Zweck nicht erreicht würde", gestatten sie jüngere (Z. 14.992). Die bezüglichen Aufträge zur Rückkehr waren im außerstreitigen Verfahren erflossen, wie in dem gleichen Falle Z. 7736 und in ähnlichen (Z. 12.223), in welchen es sich um Wiederaufnahme der Gattin und Rückkehr des Mannes (Z. 208, 304 Neue Folge zit. Sammlung) in die Hausgemeinschaft handelte. Die Ablehnung der Erlassung eines Gebots an die Ehefrau zur Rückkehr in das Haus des Gatten im außerstrittigen Verfahren erfolgte jedoch im Gegensatze zu der vorstehend hervorgehobenen Praxis mit der E. Z. 11.669. Begründet wurde dies damit, daß „nicht nur privatrechtliche Rücksichten, sondern auch öffentliche obwalten, welche durch die materiellrechtlichen Bestimmungen über eheliche Verbindung und durch die eheprozessualen Vorschriften anerkannt und gewahrt sind." Doch würde gerade das letztere Moment für die Behandlung der Sache im offiziösen Verfahren sprechen.

[23]) Endemann, Das deutsche Zivilprozeßrecht, S. 983. Vgl. über die Entwicklung des Zwangsvollstreckungsrechts im römischen Rechte Bethmann-

Digitized by Google

wickeln sie sich und erstarken bis zur ausschließlichen Anwendung der Zwangsmacht gerichtlicher Organe.

Stets aber müssen die Zwangsmittel nicht nur dem zu erreichenden Zwecke überhaupt ihrer Art nach angepaßt sein, sondern auch im einzelnen Falle ihrer Tragweite nach zu diesem in das richtige Verhältnis gebracht werden. Es gilt der Satz: Kein dem Gesetze fremdes Zwangsvollstreckungsmittel ist anwendbar! Aber auch betreffs des Maßes seiner Anwendung: Kein Zwang in weiterem Umfange, als zur Erreichung des Zweckes geboten erscheint! Der Grundsatz der Proportionalität zwischen Mittel und Zweck bei der Zwangsvollstreckung, der in den Bestimmungen der Exekutionsordnung (§§ 14, 27, 96, 263, 377, 392, 399) klar zu Tage tritt, ist auch für das außerstrittige Verfahren festzuhalten (§ 19 Pat.). In der Regel dienen die im außerstrittigen Verfahren zur Anwendung gelangenden Zwangsmittel dem Erfüllungszwange in Betreff bestimmter Leistungspflichten (Sach- und persönliche Leistungen), ausnahmsweise aber dem „Hemmungszwange" (so Ulbrich, Österreichisches Verwaltungsrecht, S. 206), um die begonnene Rechtsverletzung für weiterhin zu verhindern, z. B. § 254, II Pat.

Passenderweise wurde für beide Verfahrensgebiete die Bewilligung der Zwangsvollstreckung dem Gerichte vorbehalten, bei welchem die Sache in erster Instanz anhängig war (§ 4, Z. 1 und Z. 3 EO.).

Über die Einstellung und Aufschiebung der auf Grund der vorgedachten Exekutionstitel geführten Zwangsvollstreckung gelten die gleichen Vorschriften, insbesondere auch in Rücksicht auf Einwendungen gegen den vollstreckbaren Anspruch (§§ 35, 41, 42, Z. 5, 44 EO.) mit einer, durch die Mündlichkeit des Streitverfahrens bedingten Modifikation hinsichtlich des Zeitpunktes der Entstehung des für die Aufhebung der Exekution ins Treffen geführten Grundes. Auch wird bei Bestrittenheit des Oppositionsgrundes nicht nur in den Fällen des § 40 EO., sondern überhaupt die Austragung des Oppositionsanspruches im Rechts-

---

Hollweg, Der Zivilprozeß des gemeinen Rechts in geschichtlicher Darstellung, II., S. 660—699; III., S. 311 ff.; im deutschen Rechte: ebendort, IV., S. 171, 225, 392, 515 ff. und V., S. 173 ff.; Planck, Deutsches Gerichtsverfahren, II., S. 234 ff.

Digitized by Google

wege im Sinne der allgemeinen Vorschrift des § 2, Abs. 7 Pat. erfolgen müssen.

Selbstverständlich konnte die Exekutionsordnung mit den Bestimmungen des § 35 EO. die fortdauernde Gültigkeit der Anordnung des § 1387 ABGB. nicht im mindesten berühren, zufolge dessen neu aufgefundene Urkunden, wenn sie auch den gänzlichen Mangel eines Rechtes auf Seiten eines der Vergleichschließenden entdeckten, einen redlich eingegangenen Vergleich zu entkräften nicht vermögen. Denn die Exekutionsordnung hat Tatumstände vor Augen, die das durch den gerichtlichen Vergleich geschaffene Rechtsverhältnis berühren, und seinem Abschlusse nachgefolgt sind (§ 35 EO.), während das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch neu aufgefundene schriftliche Behelfe voraussetzt, die den Nichtbestand eines beim Vergleichsabschluß als vorhanden angenommenen Rechtsanspruches dartun.

Exekution zur Sicherstellung ist im streitigen und nichtstrittigen Verfahren unter gleichen Bedingungen zu bewilligen, nämlich bei Vorliegen eines nicht vollstreckungsreifen Exekutionstitels und bei Bescheinigung drohender Exekutionsvereitlung oder auch nur -Erschwerung betreffs einer Geldleistung (§ 370 EO.).

Ansprüche, die im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit ihre Erledigung finden, wie z. B. Heiratgutsbemessung, Notwegsbestellung, sind den Normen der Exekutionsordnung über einstweilige Verfügungen unterworfen, weil sie nach den Grundsätzen der Exekutionsordnung vollstreckt werden (§ 1, Z. 6 EO.) und eine besondere Einschränkung in dieser Richtung nicht gemacht wurde. Dabei wird der Umstand, daß das Gesetz die zur einstweiligen Sicherung anderer Ansprüche, als von Geldforderungen geeigneten Mittel nicht taxativ aufzählt (vgl. § 382 EO. *verba:* „sind insbesondere") sich überaus wohltätig geltendmachen. Die Anordnungen der Exekutionsordnung werden bei Durchführung der im Gesetze über Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit (Patent 1854) geschaffenen einstweiligen Vorkehrungen zur Ausfüllung von Lücken betreffs des hiebei einzuhaltenden Vorgehens zu dienen haben (Art. XXVII EO.), was vornehmlich von der durch Art. I EO. unberührt gebliebenen gerichtlichen Nachlaßverwaltung[24])

[24]) Rintelen, Einstweilige Verfügung, 1905, S. 30, 289, 299 ff.

Digitized by Google

während der Einstellung der Verlassenschaftsabhandlung bis zur Austragung des Erbrechtsstreites gilt.[25])

Die der Natur des zu sichernden Anspruches sich anpassenden einstweiligen Vorkehrungen werden eine wünschenswerte Ergänzung des im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit geübten präventiven Rechtsschutzes bilden.[26])

Insoweit es besondere Vorschriften verfügen, ist bei Verweisung der Beteiligten auf den Rechtsweg dafür zu sorgen (§ 2, Abs. 7 Pat.), daß bis zur rechtskräftigen Streitentscheidung Sicherheit geleistet werde (z. B. durch gerichtlichen Erlag der streitigen Depurationsquote § 251 Pat.) oder daß zum mindesten die Lage der Sache keine Änderung erfahre (z. B. Veranlassung gerichtlicher Verwaltung des Nachlasses bei Verweisung kollidierender Erbserklärungen auf den Rechtsweg § 127 Pat.).

Andrerseits hängt es vom richterlichem Ermessen ab, ob bei Streit über den Bestand einer Forderung (§ 2, Abs. 7 Pat.) bis zum Ausgange des anhängig werdenden Prozesses mit weiteren Exekutionsschritten innezuhalten oder solche nur bis zur Sicherstellung fortzusetzen sind § 19, IV Pat. An diesen Anordnungen hat Art. I EO. nichts geändert.

---

[25]) Die abhandlungsbehördliche Regelung des Besitzes und der Verwaltung des Nachlasses (§ 810 ABGB.) im Widerspruch mit einem im vorausgegangenen Besitzstörungsstreite über die Nachlaßrealität erflossenen Endbescheide wurde mit E. Z. 7225 zit. Sammlung für statthaft erklärt, weil angesichts der besonderen Vorschriften des Abhandlungsverfahrens nicht behauptet werden kann, daß der *in possessorio summarissimo* betreffs der Verwaltung der Nachlaßrealität (zwischen der Witwe und dem erblasserischen Sohne aus erster Ehe) aufrecht erhaltene Zustand nur durch ein Urteil im Rechtswege geändert werden könne.

[26]) Unzulässig ist die Anmerkung des von dem Ehegatten gegen seine Vaterschaft zu dem von der Gattin geborenen Kinde bei dem Bezirksgerichte (arg. § 50 JN. a contr; E. Z. 2563 der zit. Sammlung, Neue Folge) gemäß § 156 ABGB. erhobenen Widerspruchs in der Matrik (Z. 2026 dieser Sammlung) Hingegen betrachtet es der Oberste Geriehtshof als eine zulässige Maßnahme bei Aufhebung des ehegattlichen Verwaltungsrechts durch Widerruf seitens der Gattin (§ 1238 ABGB.), daß die Bestandnehmer der ihr gehörigen Immobilien und ihre übrigen Schuldner von der Entziehung des Verwaltungsrechts gerichtlich verständigt werden (Z. 12.734 dieser Sammlung). Freilich kann diese Maßregel, wodurch dem erfolgten Widerrufe volle Wirkung gegen Dritte gesichert wird, nicht als einstweilige Vorkehrung angesehen werden.

Digitized by Google

XXI. Friedensrichterliche Tätigkeit.

Aus naheliegenden wichtigen Gründen begünstigt die Gesetzgebung eine Regelung streitiger bürgerlicher Rechtsverhältnisse durch gegenseitiges Einvernehmen der Beteiligten.

Eingedenk des den staatlichen Verwaltungsbehörden zur Pflicht gemachten ausgleichenden Wirkens zwischen Privatinteressen bei der Verwaltung öffentlicher Belange nach den Vorschriften des Berg-, Forst-, Wasser- und Baurechtes[1]) hat die Gesetzgebung den staatlichen Polizeibehörden und den Magistraten (Hofdekret vom 16. Jänner 1801, Z. 516 JGS.; MV. vom 18. Juni 1853, Z. 114 RGBl.) Vergleichsstiftung in Privatrechtssachen ohne Unterschied des in Frage kommenden Vermögensrechtes über Parteiansuchen zur Aufgabe gestellt und besondere Gemeindevermittlungsämter (Ges. vom 21. September 1869, Z. 150 RGBl.) zur Beilegung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten mit beschränkter Wirksamkeit geschaffen.[2]) Um so mehr mußte somit den Gerichten im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit bei Behandlung der ihnen zugewiesenen Rechtsangelegenheiten das Befugnis eingeräumt werden, drohenden Rechtsstreitigkeiten im Keime vorzubeugen und eine Regelung der hiebei in Betracht kommenden rechtlichen Beziehungen durch Erzielung eines schiedlich-friedlichen Einvernehmens der Beteiligten zu bewirken.

Es ist eine Errungenschaft der modernen Zivilprozeßordnung, daß alle Gerichte in allen der Verfügungsmacht der Streitteile unterliegenden Rechtsstreiten ohne Unterschied von Amts wegen in jeder Lage der Sache bei der mündlichen Verhandlung, also

[1]) Vgl. über diese Vergleichspflicht der Verwaltungsbehörden Tezner, Österr. Administrativverfahren (1896), S. 136, 183.

[2]) Der Entwurf eines Gesetzes, womit das oben erwähnte abgeändert und ergänzt werden sollte (Z. 406 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Herrenhauses), hat seine parlamentarische Erledigung nicht gefunden.

Digitized by Google

auch der Berufungsverhandlung, einen Vergleich versuchen können und die Parteien mit ihrer Zustimmung zu diesem Zwecke oder auch nur zur Protokollaraufnahme der getroffenen Vereinbarung an einen beauftragten oder ersuchten Richter verweisen dürfen (§ 204 ZPO). Die im älteren Prozeßrechte diesfalls gemachte Unterscheidung zwischen Gerichtshöfen I. Instanz und Bezirksgerichten, sowie die Unzulässigkeit eines Vergleichsversuches *ex officio judicis* in Wechselstreitigkeiten sind mit Recht fallen gelassen worden. Noch weiter greift die Befugnis der Einzelrichter bei dem sogenannten prätorischen Vergleichsversuche.

Um friedensrichterlicher Tätigkeit möglichst Raum zu schaffen, ist nämlich bei Bezirksgerichten sogar vor Anhängigmachung des Streits in den ihrer Kompetenz *ratione valoris* unterliegenden Rechtssachen (§ 49, Z. 1 JN.) über Antrag des Gläubigers ein solcher für zulässig erklärt, wenn der vorzuladende Gegner im Sprengel des für die Klage zuständigen Bezirksgerichts seinen Wohnsitz hat (§ 433 ZPO.) In allen Fällen ist der unter gerichtlicher Intervention zu stande gekommene protokollierte Vergleich ein vollwertiger Exekutionstitel (§ 1, Z. 5 EO.), dessen Kraft nicht etwa befristet ist. War ein gerichtlicher Vergleich überhaupt von der Ablegung eines vereinbarten Eides über bestimmte streitige Umstände bedingt, so ist im Antrage auf Zwangsvollstreckung von der Eidesablegung Erwähnung zu machen (§ 54, 7 EO.), beziehungsweise durch Vorlage einer Abschrift des etwa bei einem, im Vergleiche benannten, vom Prozeßgerichte verschiedenen Gerichte (§ 205 II ZPO.) aufgenommenen Protokolles die Erfüllung der Bedingung (Eidesleistung) darzutun.

In Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit hat sich das Gericht unter Festhaltung des oben angedeuteten Gesichtspunktes in allen Fällen, in welchen die Angelegenheit den Charakter einer streitigen anzunehmen droht, von Amts wegen um die Herbeiführung eines vollen Einvernehmens unter den Beteiligten zu bemühen. So insbesondere im Gläubigerkonvokationsverfahren, bei Erbteilungen, bei Beanständung des Depurationsausweises seitens der Anwärter und wohl nicht minder bei widerstreitenden Erbserklärungen (§§ 136, 171, 251, 125 Pat.). Auch diese Vergleiche[3])

[3]) Überaus schwankend ist die oberstgerichtliche Judikatur in der Frage, ob bei Anerkennung der unehelichen Vaterschaft (§ 163 ABGB.) mit Genehmigung

Digitized by Google

genießen die Kraft eines Exekutionstitels, sofern dabei eine Leistung vereinbart wird (§ 1, Z. 5 EO.).

---

der Vormundschaftsbehörde die Höhe der Alimente im Vergleichswege festgesetzt werden könne, mit Rücksicht auf §§ 187, 189 II Pat. (so Z. 1657, 2213 Neue Folge der zitierten Sammlung), oder ob deren Bestimmung ausnahmslos im Rechtswege zu erfolgen habe im Hinblicke auf § 171 ABGB., *verbum*: „Schuld" (so Z. 1983, 2039). Als zweifellos wird erachtet (Z. 1183), daß ein vormundschaftsbehördlich genehmigter Vergleich nicht derart ausgelegt werden könne, daß der Wille der Vertragsschließenden und des genehmigenden Gerichts darauf gerichtet wäre, ein unter allen Umständen, also auch bei geänderten Verhältnissen, unabänderliches Maß der Verpflichtungen zu schaffen.

Digitized by Google

XXII. Schlußwort.

Ein geistreicher Rechtskenner Österreichs hat bereits vor mehr als einem Menschenalter darauf hingewiesen, daß gleichwie in der Kunstgeschichte bei jeder Glanzepoche das Aufsuchen der verloren gegangenen Naturbetrachtung den ersten Keim neuer Blüte zeigt, auch die Gesetzgebung der genauen Kenntnis der zu regelnden Lebensverhältnisse nicht entraten kann und des Willens bedarf, ihnen gerecht zu werden. Glänzend ist das Werk der Prozeßreform in Österreich gelungen. Noch steht aber die Erfüllung des bereits vor mehr als drei Dezennien von der Justizverwaltung durch den Mund des um die Strafprozeßreform hochverdienten Glaser (1873 in der 54. Sitzung des Abgeordnetenhauses) gegebenen Versprechens aus, das Verfahren in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit einer sachlichen Revision, insbesondere betreffs der Verlaßabhandlung und des Vormundschafts- und Pflegschaftswesens zu unterziehen und mit der völligen Umgestaltung des Zivilprozesses in Einklang zu bringen.[1]) Inzwischen hat es auch die Entwicklung der wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse zur unabweislichen Notwendigkeit gemacht, der Frage der Zwangserziehung näher zu treten. Mögen hei der langersehnten Reform des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Ratschläge volles Gehör finden, die Österreichs hervorragendste Zivilisten und an Erfahrung und Wissen reiche Richter für die Verlaßabhandlung von den ver-

[1]) Eine zweckmäßige Regelung des Verfahrens außer Streitsachen wird überall und allezeit die Richtigkeit des Ausspruchs eines verdienstvollen Autors und Geschäftsmannes auf dem Felde freiwilliger Gerichtsbarkeit, W. H. Puchtas (Handbuch der freiwilligen Gerichtsbarkeit, I. Bd., S. 20), erhärten, daß davon Glück und Wohlstand nicht nur der einzelnen Beteiligten, sondern oft ganzer Familien, die Sicherheit des gegenseitigen Verkehrs und des Kredits der Staatsbürger abhängt, ja daß darauf die Hauptstützen der menschlichen Gesellschaft überhaupt, Treue und Glauben, beruhen.

Digitized by Google

schiedensten Gesichtspunkten aus zur Geltung brachten! Mögen zahlreiche Kautelen zur Verhütung von Intriguen und Freveln gegen die persönliche Freiheit im Bereiche der Irrenpflegschaft, die der Fortschritt der Psychiatrie und fremde Gesetzgebungen an die Hand geben, nicht unbeachtet bleiben, nebstbei aber auch die Entmündigung von Trunksüchtigen ihre Regelung finden! Mögen endlich die günstigen Erfahrungen, die zahlreiche Privatvereine betreffs der Waisenräte gesammelt haben, von der Gesetzgebung[2]) voll ausgenutzt werden! Die in Angriff genommene Reform des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches ist ohne die gleichzeitige Verjüngung des Rechtsfürsorgeverfahrens undenkbar.

Die möglichste Vereinfachung der Formen und eine energische Ausscheidung alles dem Zwecke der Rechtsfürsorge fremden Beiwerks, sowie dem Richter auferlegter Frondienste für Interessen, die mit der Privatrechtspflege nicht den geringsten Zusammenhang haben, wird aber unabweislich sein, soll die Reform dem Zeitgeiste und den Bedürfnissen des modernen Verkehrs entsprechen und damit die Krönung des Werkes gelingen.

---

[2]) Die Verwirklichung des Kinderschutzes durch die Gerichte, insbesondere auch gegen Mißhandlung und Verwahrlosung, die bisher im Verordnungswege (JMVBl. 1899, 375; 1901, 118) angestrebt wurde, muß bei einer Neuregelung der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine der ersten Aufgaben sein.

Digitized by Google

I. Sachen- und Personenverzeichnis.

A.

Abänderung der Verfügung 233, 237.
Ablehnung von Richtern 119, 215.
Abschluß des Verfahrens 151, 167.
Abwesende 93.
Actio popularis 113 Nr. 5, 129.
Adam von Nečetic 29 Nr. 3.
Adeliges Richteramt 60, 61, 62.
Adelsurkunden 86.
Adels- und Wappenübertragung 87.
Adfatimus 9.
Administratives Privileg 230, 258 Nr. 3.
Adoptio in hereditatem 9.
Adoptionssachen 49, 53, 85, 87, 89, 98, 121 Nr. 6, 166, 229, 241, 246 Nr. 10.
Advokaten 136 ff.
Advokatenzwang 136, 167.
Aichen v. 51.
Akte freiwilliger Gerichtsbarkeit nach römischem Rechte 23 Nr. 1; im M. A. in Italien 8.
Aktenwidrigkeit 222.
Aktiengesellschaften 87, 91, 103.
Alciatus Andreas 26.
Alexander III. 14, 45.
Alimente 276 Nr. 3.
Allseitiges erschöpfendes Gehör 143 ff.
Amortisation 89, 118, 261 Nr. 7, 263.
Amtsorgane 116 ff.
Amtsrekurs 241.
— —, historische Entwicklung 243 Nr. 8.
Amtstätigkeit 108 ff.
Amtszeugnis 88.
Änderung der Sachlage 264.
Angemessenheit der Verfügung 160.
Anmerkung der Rangordnung 193.
Anträge 157.
Antragsverfahren 111.
Anwaltszwang 137.
Aperitio testamentorum 8.
Appellatio extrajudicialis 45.
Arbiträre Ordnung (Prinzip) 151, 160.
Armendrittel nach Geistlichen 164, 249 Nr. 13.
Armenrecht 226.
Armenvertretung 226.
Arrondierung von Grundstücken 79 Nr. 14.
Ars dictandi 28.
„ notariae 28.
Arvaria, siehe Urbaria.
Aufforderungsverfahren bei Grundabtrennungen 89, 144, 174, 224.
Aufhebung der Verfügung 233.
Aufklärungsrecht 148, 182.
Auflassung, gerichtliche 21, 38.
Aufschiebung der Zwangsvollstreckung 272.
Augenschein 195.
Aurora 28, 29 Nr. 3.
Ausbleiben von der Verhandlung 149, 156.
Auskunftspersonen 186, 188 ff.
Auskunftssachen 186, 192 ff.
Ausland (Beweisführung) 185.
— — Urkunden 194.
Ausländer 126.
Ausländische Exekutionstitel 270.

Digitized by Google

Ausländische Gerichte 120, 129, 242 Nr. 6.
Ausschließung von Richtern 119, 129, 215.
Ausschließung von Notaren 119 Nr. 3, 215 Nr. 7.
Ausschluß des Rechtsweges 96, 215.
Ausschlußfristen 204.
Austritt aus der Kirche 92.
Außerordentliche Rechtshilfen 253.
Außerordentlicher Rekurs 252.
Azo 24.

B.

Baden 268 Nr. 15.
Baldus de Ubaldis 25, 32.
Bannitio 146 Nr. 1.
Bauernordnungen 19 Nr. 11, 12.
Bayern 58, 59, 79 Nr. 14.
Bayrische Gerichtsordnung (1753) 46.
Beauftragter Richter 184.
Beck C. A. 57.
Bedingte Verfügung 231.
Begründung der Entscheidung 220.
Beihilfspflicht der Beteiligten 146.
— Dritter beim Beweise 195.
— des Gerichtes 146.
Beistände 141.
Bekanntmachung, öffentliche 130, 204.
Belehrung über die Zulässigkeit und Frist der Beschwerde 236.
Berater des Gerichtes 190.
Bergbücher 82.
Berggerichte (-Senate) 121 Nr. 6.
Berthold, Dominikaner 18 Nr. 10.
Beruf des Kindes 98.
Beschwerde 235 ff.
Beschwerdegrund und -Antrag 246.
Beschwerde zur Wahrung öffentlicher Interessen 244 f.
Besetzung der Richterbank 176, 215.
Bestätigung des Datums 54.
— der Übersetzung 54.
Bestellung einer Sicherheit, regelmäßig mit Klage zu fordern 95.
Beteiligte an dem Verfahren 127 ff., 218.
Betreibungsmittel 155.
Beurkundung (Unterschied von Verfügung) 264 Nr. 12.
Beurkundungsgewalt 108.
Beurteilung, rechtliche 250,
Bevollmächtigte 135 ff.
Beweiskraft öffentlicher Urkunden 50.
Beweis 180 ff.
Beweisanbietung 181.
Beweisaufnahme 196.
Beweiseinreden 184.
Beweissicherung 88 Nr. 11, 185, 199 f.
Beweiswürdigung 197 f.
Beweiszulassung 181.
Beweisführung im Auslande 185.
Bewirkungsklagen 65 f.
Böhmen:
Aurorae, Manuskript 29 Nr. 3.
Bauernordnungen 19 Nr. 11, 12.
Besucher der Universität zu Bologna 34, Nr. 1.
Bischöfliche Offiziale 22.
Ehe- und Taufmatriken 16.
Einfluß auf die einheitliche Kodifikation des Rechtes in den Erbländern 41 Nr. 2 und 3.
Formelsammlungen 36 Nr. 6.
Hochschulen 34 f., 36, 60.
Klosterurbarien 16 f.
Kronlehen 81.
Landrecht 37 Nr. 9.
Landtafel 11, 42 Nr. 5, 6, 7, 8.
Mundium, königliches, über Waisen 39 Nr. 15.
Notariatsschule 31.
Notarielle Urkunden 15.
Testamentsvollstreckung 20 f.
Testierungsfreiheit der Kleriker 20 f.
Bonifacius VIII. 45.
Brachylogus 23.
Brief und Siegel 13.
Bücher, öffentliche, siehe Grundbücher.
Bücher der Kaufleute, siehe Handelsbücher.
Bülow 66.
Bürge im Grundbuchsverfahren 134.

Digitized by Google

C.

Căpolla Bartholomäus 36 Nr. 7.
Carta und Notitia 12.
Causae cognitio 26 Nr. 5, 108 Nr. 1, 110.
Causa superveniens 264.
Caution, siehe Kautionshypothek und Sicherung des Anspruches.
Chorinsky, Graf Karl 41.
Clausula rebus sic stantibus 264.
Code de procédure (1806) über freiwillige Gerichtsbarkeit 76 Nr. 10.
Codex Theresianus 43, 46.
Coërcitio modica 25 Nr. 3, 142.
Corpus juris civilis 4.
— — germanici 46 Nr. 15.
— — canonici 17.
Cujaz Jakob 34.
Cura bonorum 114, 131.
— nascituri 130.
— personarum 114, 131.
— posteritatis 130.
Curia 5.
Czyhlarz Karl von 42.

D.

Deckungsgebot bei Schecks 104.
Decretum (Erledigung per D.) 26, 108 Nr. 1.
Defectus insanabiles 209 Nr. 2.
Deklarative Verfügung 229.
Delegation 120.
Denkmäler 192.
Denkmünzen 192.
Deponi videndum 123.
Depositensachen 44, 49, 53.
Depositen, alte, Kadukerklärung 254 Nr. 17, 261 Nr. 7.
Désaveu 156.
Detestatio 90.
Deutscher Ritterorden (Verlaßabhandlung) 117.
Deutschland 34, 37, 38, 56 f., 66 f., 82, 119 Nr. 3, 142, 145 Nr. 1; Handelsrecht 126, 236 Nr 1, 244.
Devolutiveffekt 249.
Dictamina 28.
Dispositionsmaxime 111.
Dissertationenliteratur 56 f.
Dobřenský Johann Ritter 39 Nr. 17.
Dolmetsch 86.
Donellus Hugo 34.
Dorfgerichte 10.
Dritte, nicht eingeschrittene Interessenten 248, 257, 261.
— Beihilfspflicht beim Beweise 195.
Droit d'épave 94.
Durantis Wilhelm 24, 30.

E.

Edikt 130, 204.
Ediktalverfahren 254.
Edition der Urkunden 195.
Eheabschluß 91.
Ehegatten, Rechtsstreitigkeiten zwischen 97, 271 Nr. 22.
Ehegültigkeit (Vorfrage) 164, 260.
Ehelichkeit des Kindes 89.
Ehesachen 96 f., 113 Nr. 5, 271 Nr. 22, 274 Nr. 26.
Ehescheidung 90.
Eid 186; siehe Offenbarungseid.
Eidliche Bestätigung der Aussagen der Zeugen eines mündlichen Privattestaments 199 ff.
Eidliche Einvernahme 187 ff.
Eigene Kenntnis des Richters 150.
Einantwortungsurkunde 262 f., 270 und Nr. 21.
Einheitlichkeit des Prozesses 79.
Einkindschaft 90.
Einleitung des Verfahrens 174.
Einsatz 150.
Einsicht in Gerichtsakten 176.
— in Notariatsakten 177.
Einstweilige Verfügungen 71, 73, 95, 125, 273.
— — zwangsvollstreckungssichernde und zustandserhaltende 73.
Einstellung der Amtstätigkeit der Gerichte 167.
— der Zwangsvollstreckung 272.
Eintrag als Perfektionsakt 11.
Eintragung in Stadtbücher 11, 38.

Digitized by Google

Eintragsfreiheit 114 Nr. 6.
Einvernahme 172, 187.
Einvernehmung und mündliche Verhandlung 172 Nr. 12.
Einwendungen gegen den vollstreckbaren Anspruch 272.
Eisenbahnbuchanlegung 247.
Eisenbahnenteignung 79 Nr. 14, 89, 100, 191, 225, 226 Nr. 3, 237 Nr. 3, 238 Nr. 4, 239, 269 Nr. 16.
Eltern und Kinder, Rechtsstreitigkeiten 98, 225, 240.
Enderledigung 230.
Entscheidungsgewalt 109.
Epavierung 94.
Epistulae pariculae 6 Nr. 7,
Erbloses Gut 94, 249 Nr. 13.
Erbschaftsauseinandersetzung 95.
Erfüllungszwang 272.
Erledigung der Rechtssache 227 ff.
— per libellum und per decretum 26, 108 Nr. 1.
Ermittlung des Sachverhaltes 145 ff.
— deren Richtung und Umfang 155.
Ermittlungsmaxime 143, 211.
Ermittlungs- oder Erhebungspflicht 146, 181.
Ernst von Pardubic 17 Nr. 7.
Ersatzzustellung 203.
Ersuchter Richter 184.
Erwerbsvereine, Erteilung der Rechtspersönlichkeit 86.
Erziehungsbeiträge für Mündel 248 Nr. 12.
Excommunicatio 150.
Exekution 268 ff.
Exekutionstitel 269.
Exekution zur Sicherstellung 273.
Exemplifikation 15.
Exkusationsgründe des Vormundes 46, 100 Nr. 22.
Expropriation für öffentliche Eisenbahnen 79 Nr. 4, 89, 100, 191, 225, 226 Nr. 3, 237 Nr. 3, 238 Nr. 4, 269 Nr. 16.
Extrajudicial-Appellation 45.

F.

Fachrichter 118.
Fakultative und obligatorische Rechtsfürsorge 113.
Falsus procurator 140, 217.
Faukner v. Fonkenstein 36 Nr. 6.
Feilbietung, freiwillige 83, 90, 140.
Ferialtage 205 f., 221.
Feststellende Verfügung 229.
Feststellungsklagen 65, 71, 227.
Festuca 9 Nr. 18.
Fideikommisse 42 Nr. 9, 44, 49, 81 f., 93 f., 114, 121 und Nr. 6, 130, 162, 165, 166, 190, 192, 224, 229, 243, 268, 269 Nr. 18, 274.
Fides documenti 109.
— negotii 109.
— insinuationis 110.
— publica 159, 176.
Finanzprokuratur 135, 245, 249 Nr. 18.
Flickprotokoll 171.
Form der Beschwerde 247.
Formalvollmacht 138.
Formelle Rechtskraft 256 ff.
Formeller Verlauf des Verfahrens 153.
Formelsammlungen 36, 37 Nr. 9.
Formlosigkeit bei Verträgen 54 N. 34.
Formulari 36, 37 Nr. 9.
Formulierung gerichtlicher Erledigungen 222, 232.
Formvorschriften 175.
Fortbestand des Rechtes (ungestörter) 70.
Fragerecht 148, 182.
Frankreich:
Notariat 33, 105.
Rechtswissenschaft 34.
Organe der freiwilligen Gerichtsbarkeit 105.
Französisches Recht 76 Nr. 10, 142, 214 Nr. 5, 244.
Frauenspersonen (als Bevollmächtigte) 138.
Freiwillige Versteigerung 83, 90, 140.
Friedensrichterliche Tätigkeit 275 f.
Fristen 162, 204 f.
— zur Beschwerde 247.

Digitized by Google

Fristen, insbesondere in Grundbuchssachen 247.
Fristversäumnis 254.
Füger 60 f.

G.

Gail Andreas 45 N. 13.
Geburtsfälle (Evidenzhaltung) 15, 92.
Gedenkmänner 188.
Gegenbeweis 184.
Gegenstand der freiwilligen Gerichtsbarkeit 63, 69.
Gegner 77, 143.
Gehör, gleiches 143.
— allseitiges 143.
Geisteskranke 88.
— Pflegschaftsverhängung 159.
Gemeindevorsteher 119.
Gemeine Bevollmächtigte 138.
Gemeine Privatrechtsverwaltung 86.
Gemeinrechtliche Theorie und Praxis 59.
Genereller repressiver Rechtsschutz 76.
Georg von Podiebrad 36.
Gerichte, ihre Aufgabe nicht nur Rechtsprechen, auch Rechtsfürsorgepflege 105.
Gerichtsabteilungen 118.
Gerichtsakten 177.
Gerichtsbarkeit, freiwillige 74.
— kirchliche (Verlassenschaften betreffend) 21, 44.
— munizipale 5.
— über Ausländer 126.
— willkürliche 58, 60.
Gerichtsbücher 11, 38.
Gerichtsferien 205.
Gerichtsinstruktion (Kaiser Josef II.) 48 f., 60.
Gerichtskanzlei 119, 174.
Gerichtskommissär 137, 215 Nr. 7.
Gerichtsurkunden 10.
Gesamtpersönlichkeiten 131.
Geschäft (Vergabung von Todeswegen) 19.
Geschäftsführer ohne Auftrag 140.
Gesellschaft mit beschränkter Haftung 135.
Gesellschaft, vgl. Handelsgesellschaft.
Gesetzliche Vertretung der Teilnehmer 130, 209, 217, 240.
Gesta municipalia 5.
Glaser Julius 278.
Glaubhaftmachung 185.
Gleichzeitige Anhängigkeit derselben Sache 152, 168, 221.
Godofredus Jakob 26 Nr. 5.
Gönner, Prof. 57.
Grenzerneuerung 88, 224.
Grenzkämmerer in Galizien 52 Nr. 33.
Grenzzeichen 192.
Griesbeck Florian 39 Nr. 17.
Grundabtrennung 79, 89, 144, 174, 224.
Grundbuchssachen 54, 78, 84, 118, 247.
Grundbücher 82.
Grundregister 31 Nr. 9.
Grundsätze des Verfahrens 142 ff., 217.
— ihr Einfluß auf dessen Nichtigkeit 208.
Gültigkeit des Verfahrens 207 ff.
— und Rechtsbeständigkeit der Verfügung 159.
Gustermann A. W. 61.
Gutachten Sachverständiger 193.

H.

Haimerl, Prof. 62.
Halbgelehrte 35.
Handeln auf eigene Gefahr (Kosten des Verfahrens) 225.
Handelsbücher 103, 194, 264.
Handelsfrau 97.
Handelsgerichte (-Senate) 121 Nr. 6.
Handelsgesellschaften (Streitigkeiten zwischen Gesellschaftern) 101 f.
— — mit beschränkter Haftung 135.
Handelsmäkler 84.
Handels- und Genossenschaftsregister 83, 92.
Handelsrechtlicher Pfandverkauf 103 Nr. 29.
Heilbarkeit der Nichtigkeit 209.
Heiratsgut 99, 158, 269 Nr. 17.
Hellwig Konrad 65.
Hemmungszwang 272.

Digitized by Google

Henricus de Isernia 31.
Hessen 268 Nr. 15.
Hilfsbeamte, gerichtliche 118.
Hochschulen, Zustand des akademischen Unterrichtes 34, 36, 57, 60.
Hofgericht 10.
Hofkommission (v. J. 1817) 51, 54.
Hofpfalzgrafenamt 8 Nr. 14.
Hospodář (der Landwirt) 17, 40.
Hostiensis 14.
Hundertschaftsgerichte 9, 10.

I.

Imbreviatur 14.
Immaterialgüterrechte 87.
Immobilia obnoxia territorio 126.
Imperium judicis merum, mixtum 25 Nr. 3.
Imploratio officii judicis 210 Nr. 3.
Individuelle Ladung 130.
Initiative beim Verfahren (spontane, obligatorische) 113.
Inkolatsbestätigungen 86.
Innozenz III. 14.
Inquietatio 73.
Insanabilität der Nichtigkeiten 209, 212.
Insinuation 92, 108 ff.
Instructores judicis 196.
Intensität der Erhebungen 158.
Interessenabhängigkeit 133.
Interessenharmonie 77.
Interessenverknüpfung 133.
Interessenprinzip bei der Kostentragungspflicht 225.
Interessenten 77, 128.
— Kollektivgruppen von 77.
Intimationsakte des Notars 90.
Inventur 20, 95, 190, 238 Nr. 4.
Irnerius 23, 30.
Isernia, Henricus de 31.
Italien 7 f., 28 f., 34.

J.

Joannes Andreae 25.
Johanny Dr. 42.
Josef Eugen Dr. 67.
Josef II., Kaiser 41 ff., 81.
Judex ordinarius 8.
— commissarius 14.
— chartularius 106, 132, 215 Nr. 7.
Judexkurialkonferenz v. 23./7. 1861 55.
Judizialdeposition 89.
Juges de paix 105.
Jurisdictio contentiosa et voluntaria 4, 23, 25 Nr. 3, 57, 59, 64, 77.
— infima seu bassa 38.
Jus exuviarum 20.

K.

Kadukerklärung alter Depositen 254 Nr. 17, 261 Nr. 7.
Kaduzität des Nachlasses 94, 249 Nr. 13.
Kanonisches Recht 14 ff.
Karl IV. 32.
Karl V. 32.
Kausalgerichtsbarkeit 121 Nr. 6.
Kautelen 36 Nr. 7.
Kautionshypothek 78, 160.
Kießling v. Karl Emil 67.
Kinder, entwichene 85.
Kindererziehung 97.
Kindesübergabe, zwangsweise 271 Nr. 22.
Kind, Übernahme in Pflege 84, 90.
Kinder und Eltern, Rechtsstreitigkeiten 98, 225, 240.
Kinderschutz 279 Nr. 2.
Kleinfeller Georg 67.
Klerikernachlaß (Dreiteilung) 20, 164, 249 Nr. 13
Kisch Wilhelm 67.
Klagslegitimation 133.
Klein Franz 161, 187, 208.
Kocín von Kocinet 35 Nr. 4.
Kollegialsystem 117.
Kollisionskuratel 130.
Kollision rechtlicher Interessen 78.
Kommanditgesellschaft 101 f., 120 Nr. 4, 121.
Kompetenzregelung 84 f.
Königsboten 8.
Königsgericht 9 f.
Königliches Mundium 18, 39 Nr. 15.
Konkurrenz der gerichtlichen und Verwaltungsbehörden 85 f.

Digitized by Google

Konkurs, kein Zweig freiw. Ger. 237 Nr. 2.
— Unterbrechung des Verfahrens 166.
Konstanzer Friede 8.
Konstitutive Verfügung 229.
Kornelius von Všehrd 37 Nr. 9.
Kosten des Verfahrens (Tragung und Erstattung) 224 ff.
— des Zwangsvollstreckungsverfahrens 271.
Kostetzky Dominik 62.
Krasnopolski 42.
Kroatien und Slawonien 55.
Kündigung eines Hypothekarkapitals 90.
— — Bestandvertrages 90.
Kuratelen 44, 130.
— wegen Verschwendung 48.
Kurator, der Besitzer von Pfandbriefen und Teilschuldverschreibungen 131.
— bei Fideikommissen 130.
— einer Ordensperson 131.
— eines Ungeborenen 130.
— eines Verschollenen 232 Nr. 7.

L.

Laienspiegel 37.
Landesausschüsse 86.
Landesherren 30, 38.
Landesherrliche Bestätigung bei Fideikommissen 82.
Landtafeln 11, 42, 82.
Landtafelpatent (1794) 43.
Langheineken P. 65.
Lastenfreie Grundabtrennung 79, 89, 144, 174, 224.
Lauterbach Wolfg. 9, 57.
Lebenszeugnisse 54.
Legale Ordnung (Prinzip) 151.
Legalisierung 54, 85, 89, 119.
Legate (annua, menstrua) 95.
Legis actiones 59.
Legislative Regelung beider Gebiete der Gerichtsbarkeit 76 Nr. 10.
Legitimationssachen 49, 88.
— per rescriptum principis 49, 230, 258 Nr. 3, 266 N. 18.
— durch nachgefolgte Ehe 87, 244, 258 Nr. 3.
Legitimation zur Beschwerde 239.
Lehensgüter 81.
Leistungsklagen 65, 227.
Leitung des Verfahrens 145 ff., 160.
Lex Salica (Verhandlungsmaxime) 145 Nr. 1.
Libellus (Verfügung per l.) 26, 108 Nr. 1.
Liber papiensis 37 Nr. 9.
Libri censuales 16.
— errectionum 17 Nr. 7.
Lichtenfels, Freiherr v. 193.
Liquidatoren (bei Handelsgesellschaften) 102.
Lobkowic von, Johann 39.
Locus regit actum 127, 194.
Lombardo-Venetien 50.
Los 227.

M.

Maasburg von, Friedrich 42.
Magistrate (Friedensrichter) 275.
Mähren:
Einfluß des Gewohnheitsrechtes in Vormundschaftssachen auf die österr. Gesetzgebung 42 Nr. 8.
Mundium über Waisen 39 Nr. 15.
Notarielle Urkunden 15.
Majestas Carolina 32.
Mangelnde Begründung einer Verfügung 220.
Mangelnde gesetzliche Vertretung 217.
Manifestationseid, vgl. Offenbarungseid.
Mannitio 146 Nr. 1.
Maranta Robertus 45 Nr. 13.
Maria Theresia, Kaiserin 60.
Markstein 192.
Maximilian I. 32, 80.
Materielle Rechtskraft 260.
Materieller Gehalt des Verfahrens 153.
Matrikenführung 91, 266 Nr. 13, 274 Nr. 26.
Meliorationskreditrecht 79.
Menger Anton 63.
Merkel Julius 60.
Militärbehörden 119.
Ministerium des Innern (in Fideikommißsachen) 82.

Digitized by Google

Minoritätsrechte der Aktionäre 103.
Missi 8,
Missio in bona 150.
Mittel zur Erhebung des Sachverhaltes 155, 186.
Mittelbarkeit des Verfahrens 177 f.
Mobilia sequuntur ossa 126.
Möglichkeit der Rechtsgefährdung 72.
Mohl Robert 111.
Monokratische Organisation der Gerichte 117.
Mündel 93.
— deren selbständiges Beschwerderecht 240.
Mundium des Königs 18, 39 Nr. 15.
Mündliche Erbschaftsverhandlung 136.
Mündlichkeit 172.
Mündliche Verhandlung im Gegensatze zur Einvernehmung 172 Nr. 12.
Mündliches Privattestament 199 ff.
Musterregister 87.

N.

Nachlaßgebühr 248 Nr. 12.
Nachlaßgebührennachweisung 104 Nr. 31.
Nachlaßsperre 95.
Namensbezeichnung des Adoptierten 246 Nr. 10.
Nebenintervenient 134.
Neubrüche 16 Nr. 5.
Neue Umstände in der Beschwerde 246.
Neuerliche Anhängigmachung einer bereits in Verhandlung stehenden oder entschiedenen Rechtssache 152, 168, 221.
Nichteigenberechtigte, Antragsrecht 132.
— — Beschwerderecht 240.
Nichtigkeit des Verfahrens 207 ff.
Nichtigkeitsgründe 215 f.
Nichtigkeitsklage (keine im Verf. freiw. Ger.) 253.
Notare 177.
— deren Ausschließung 119 Nr. 3, 215 Nr. 7.
Notariat 5, 28 ff., 50, 54, 60, 84, 90, 105 ff., 136, 177, 215 Nr. 7, 226, 236, 269.
Notariatsakt 90, 269.
Notariatsordnung: Maximilian I. 32.
— von 1850 54 Nr. 34.
— von 1855 54 Nr. 34.
— von 1871 54 Nr. 34.
— für Frankreich 33.
Notariatsurkunden 12, 206.
Notariatszwang 54.
Notarieller Intimationsakt 90.
Notitia und Carta 12.
Notorietät 197.
Notweg 101, 121 Nr. 6, 255, 238 Nr. 4.
Notwendigkeit der Verfügung 160.
Novale 16 Nr. 5.
Notzivilehe 86, 91.
Novellae declaratoriae (1640) 42 Nr. 9, 43, 82.
Nullitas ex persona judicis 214 f.
— ex persona procedentium 214 f.
— ex procedendo et diffiniendo 217.
— de nullitate agere 210 Nr. 3.
Nullität, deren prozessuale Behandlung im M. A. und im gemeinen Rechte 210 Nr. 2, 3.
— im französischen Rechte 214 Nr. 5.
Nußbaum A. 67.

O.

Obersthofmarschallamt 116.
Oberster Gerichtshof (Denkschrift für das Notariat) 51.
Odpor 43.
Öffentliche Bekanntmachung 130, 204.
Öffentliche Bücher 82, 92.
Öffentliche Interessen 134, 158, 245.
Öffentlichkeit des Verfahrens 178 f.
Österley Ferdinand 57 f.
Österreichische Erzherzogtümer (Verlaßabhandlung) 21.
Offenbare Gesetz- oder Aktenwidrigkeit der Verfügung 252.
Offenbarungseid 104 Nr. 31, 186 Nr. 2.
Offene Handelsgesellschaft 101 f., 120 Nr. 4, 121.
Offenkundige Tatsachen 197.
Officium judicis nobile 61.

Digitized by Google

Offiziale, bischöfliche 15, 22, 37 Nr. 9.
Offizialmaxime 113.
Ordines judiciarii 23.
Ordnung bei der Verhandlung 168.
Ordnungsstrafverfahren 92 Nr. 16, 104.
Ordo Romanus 15.
Ort der Verhandlung 206.
Örtliche Zuständigkeit 122 f.

P.

Pactum executivum 7, 269.
Parteien 77.
Patent über Verfahren außer Streitsachen vom 9./9. 1785, Z. 464 JGS. (Gerichtsinstruktion) 44, 48 ff.
— vom 28./6. 1850, Z. 255 RGBl., 48, 52, 232.
— vom 9./8. 1854, Z. 208 RGBl., 48, 51, 54 f.
Patentregister 83, 87.
Patrimonialgerichte 39, 52 f., 84.
Personenstandsregister 91, 274 Nr. 26.
Petrus de Unzola 28.
— de Boateriis 28, 29 Nr. 4.
Pflegebefohlene 93, 240.
Pflegschaftssachen 52, 242.
Pflichtvergessenheit des gesetzlichen Vertreters (Kostenpflicht) 225.
Placentinus (15), 24.
Placitum 10.
Polizeibehörden (Friedensrichter) 275.
Polyptycha 16.
Pönitentialpraxis 40 Nr. 18.
Possessorium summarissimum und Nachlaßverwaltung 274 Nr. 25.
Potestas actorum conficiendorum 5.
Potioris nominatio 99.
Praeceptum solvendi 7 N. 12.
Prager Stadtbuch, ältestes 31.
Präklusion 192, 204.
Präklusionsprinzip 156.
Präventivjustiz 63 f., 70.
Pratobevera 63.
Praxis bohemica 60.
Praxis cancellariae 11 Nr. 23, 36.
Preußen (Fideikommisse) 82.
Privatrechtliche Vorfragen 229.
Privatrechtspflege 86.
Privatrechtspolizei 86.
Privileg administratives 230, 258 Nr. 3.
Processus summarius des kanonischen Rechtes 209 Nr. 2.
Procuratur 32.
Prokura 139, 249.
Prokuraindossatar 139.
Prokop, Prager Stadtschreiber 36.
Promemoria des Obersten Gerichtshofes für das Notariat 51.
Proportionalität zwischen Ermittlungsintensität und mitberührten öffentlichen Interessen 158.
— — Mittel und Zweck bei Zwangsvollstreckung 272.
Prorogation 123, 216.
Proteste von Wechseln und Handelspapieren 50, 54, 89, 119.
Protokollaransuchen 174.
Provisorische Sicherung der Teilungsmasse beim Nachlaßverfahren 95.
Prozeßfähigkeit 132, 217.
Prozeßleitungsmacht 147.
Publica fides 159, 176.
Puchta Wolfgang Heinrich 59, 61 Nr. 9.
Pupillardeposition 94.
Pupillarpfandsicherheit 89.

Q.

Quellen des österr. Rechtsfürsorgeverfahrens 69.
— der Ermittlung des Sachverhaltes 155, 186.
Querela simplex 236 Nr. 1.

R.

Randa Anton von 42.
Raymund von Pennaforte 45.
Rechtsangriff 70.
Rechtserwerb 70.
Rechtsgestaltungsklagen 65 f.
Rechtshilfe 120 Nr. 5.
Rechtskraft der Verfügung 209, 257 ff.
Rechtskraft und Beweiskraft 264.

Digitized by Google

Rechtskraft der Einantwortungsurkunde 262.
Rechtsmittel 45, 52, 235 ff.
Rechtspflege 96, 105.
Rechtspolizei 94.
Rechtsschaffende Verfügung 229.
Rechtsschutz durch Richterspruch und Rechtsfürsorge 105.
Rechtswirkungen der Verfügung 256 ff.
Recursus per saltum 238.
Reformatio in peius 251.
Reformen des Rechtsfürsorgeverfahrens 278 f.
Register über Bezirksvorschußkassen 83.
— — Hilfskassen 83.
Reichsabschied (1594) 46.
— jüngster (1654) 209 Nr. 2, 210 Nr. 3.
Reichskammergerichtsordnung (1495) 38, (1521, 1523, 1555) 210 Nr. 3, (1613) 46.
Reichspolizeiordnungen (1548, 1577) 39.
Rekognitionsattest 89.
Rekurs 235 ff.
Rekursfrist 247.
— insbesondere in Grundbuchssachen 247.
— — in Sachen der Grundbuchsanlegung 247 Nr. 11.
— — — — der Eisenbahnbuchanlegung 247.
Rekursrecht des Gerichtes 241 f.
— der Landesstelle 246 Nr. 10.
— des Mitkontrahenten 240.
— des Nichteigenberechtigten 240.
— der Verwandten 243 f.
Renuntiatio paternae hereditati 8.
Repressivjustiz 63, 70.
Res judicata 259.
Resuméprotokoll 171.
Reszission des Verfahrens 216.
Richterbank, Besetzung der 176, 215.
Rigorosa tentamina 60.
Rolandinus de Passageriis 28, 106 Nr. 34.
Romagna 7.
Ruber Ignaz von 41.
Rudolf II. 35.
Rückkehr der Gattin, Erzwingung 271 Nr. 22.
— des Mannes in die Hausgemeinschaft 271 Nr. 22.
Ruhen des Verfahrens 162.

S.

Sachliche Zuständigkeit 121.
Sachsen (nichtstreitiges Verfahren) 79 Nr. 14, 268 Nr. 15.
Sachverhaltsermittlung 145 ff.
Sachverständige 190.
Scheckguthaben 104.
Scheidung der Ehe 90.
Schiffsjournal 89.
Schiffsregister 83.
Schlesien (Verlaßabhandlung nach Geistlichen) 21.
Schlußrechnung des Vormundes 100 Nr. 22, 262 und Nr. 9, 270.
Schöffen 9.
Schriftlichkeit 14, 169 ff.
Schriftliche Verlaßabhandlung 136.
Schriftliche Form der Verfügung 230.
Schröter J. E. 57.
Schuldprinzip bei der Kostentragungspflicht 225.
Schutz der Privatrechtsordnung 69.
Seebehörde in Triest 83 Nr. 5.
Seegerichte (-Senate) 121 Nr. 6.
Seelgeräte 19.
Seeverklarung 89.
Selbstbestimmungsrecht im Prozesse 146.
Selbsthilfe — Staatshilfe 111.
Senate 117 f.
Sententia, ihr Charakter 210 Nr. 3.
Servi publici (Notare) 106 Nr. 34.
Sicherung des Anspruches 228, 232, 273.
Sistierungsrecht des Senatsvorsitzenden 233.
Solemnisation 89, 108 ff., 176.
Spaltung der Amtstätigkeit 120, 122.
Speculum judiciale Durandi 24.
Spezialisierung des präventiven Rechtsschutzes 76.
Spezialvollmacht 140.

Digitized by Google

Spruchtätigkeit 5, 105.
Staatshilfe 111.
Stadtbücher 11, 31, 38, 82.
Stein Friedrich 66.
Stille Gesellschaft 101.
Stoffsammlung 145 f., 154 f.
Stöhr Leonard Dr. 61.
Streitfälle, dem Rechtswege entzogene 96 f.
Streitiges — nicht streitiges Verfahren 74 f.
Studienregulativ (Leopold II.) 60.
Šud Nikolaus von Semanin 36 Nr. 6.
Substitution bei Vollmacht 139.
Summae confessorum 18.
Summa:
artis notariae 28 (Rolandini) 106 Nr. 34.
Codicis Irnerii 23.
— Placentini 24.
— Azonis 24.
Gerardi 20 Nr. 14.
Hostiensis 14.
judiciorum Rolandini 29 Nr. 4.
juris Monaldi 40 Nr. 18.
des Nikolaus Matarelli 25.
Suspensiveffekt 249, 252, 256.

T.

Tabelliones 5.
Tabula iuris Raygradensis 40 Nr. 18.
Tabulae nuptiales 15.
Tagsatzungen 204, 206.
Tagsatzungsversäumnis 254.
Tatbestand 145 ff.
Taubstumme 137.
Teilnehmer an dem Verfahren 76 f.
Teilweise Übertragung der Gerichtsbarkeit 120.
Telegramm 174, 247.
Telephon 174, 247.
Tengler (Laienspiegel) 37.
Testamenti executores 19.
Testamentsbefolgungsausweis 95.
Testamentserrichtung 90.
Testament, privates, mündliches 199 ff.
— Rücknahme eines notariellen 136.
Tezner Friedrich 234.
Theorie der freiwilligen Gerichtsbarkeit 56 ff.
Thunginus 9.
Tirol, grundbuchsrechtliche Sonderbestimmungen 91.
Tobias, Prager Bischof 20.
Tod eines Beteiligten 166.
Todesfälle (Evidenzhaltung) 15, 92.
Todeserklärung 88, 127, 159, 188, 232 Nr. 7, 255.
Tractatus cautelarum 36 Nr. 7.
Traditio per cartam 6 Nr. 9.
Trennung der israelitischen Ehe 90.
Treuhänder (trustee) 131.
Treutler von Kroschwitz 35.
Tridenter Konzil 32.
Triduana sessio 9 Nr. 18.

U.

Ubi judex, ibi judicium 123.
Ubi acceptum judicium, ibi finitur (Ausnahme hievon) 120 Nr. 4.
Übergang des Rekursrechtes 241.
Übertragung, diskretionäre, der Ergänzung der rekursgerichtlichen Entscheidung 250.
Ulbrich Josef 230.
Umfang des nichtstreitigen Verfahrens nach österr. Rechte 81 ff.
Umstände 154.
Umwandlung eines Realfideikommisses 49.
Unbekannte Teilnehmer 93, 130.
Uneheliche Kinder 99, vgl. Legitimation.
— Vaterschaft 276 Nr. 3.
Ungarn 54 f., 238 Nr. 4.
Ungeborene 93, 130.
Unger Josef 41.
Ungültigkeit des gerichtlich genehmigten Rechtsgeschäftes 222, 265.
Universitätsgerichte, freiwillige Gerichtsbarkeit 44.
Unkenntnis des Rechtes bei Notaren im M. A. 31.
Unscheltbarkeit des Gerichtszeugnisses 10, 11.

Digitized by Google

Unstatthafte Beschwerde 248.
Unterbrechung der Verhandlung 162 ff.
Unterhalt der Kinder 98 f.
— — — unehelicher 276 Nr. 3.
Unterschiede der freiwilligen und streitigen Gerichtsbarkeit 70 ff.
Untersuchen (im Verf. freiw. Ger.) 154.
Untersuchungsmacht des Richters 196.
Unvollständigkeit der Erhebung des Sachverhaltes 160, 218.
— der Verfügung 220.
Urbarien 15 f.
Urkundenbeweis 192 ff.
Urkundenerneuerung 15, 89.
Urkundenformularien 30.
Urschriften (Vorlegung und Belassung bei Gericht) 194.
Urteil 210 Nr. 3, 225 f., 256.

V.

Verbindungskraft des Urteiles 256.
Vereinbarungen der Teilnehmer 78, 153, 192, 227,
Verfehlte Wahl der entsprechenden Art der Gerichtsbarkeit 124 f.
Verfügung (Unterschied von Beurkundung) 264 Nr. 12.
Verfügung des Richters 227 ff.
Verfügungsgewalt 109.
Verfügung unter vorläufigem Ausschlusse allseitiger Erörterung 144.
Vergleich 276.
— über Alimente für uneheliche Kinder 276 Nr. 3.
Verhältnisse 154.
Verhältnis zwischen Eltern und Kindern 98, 225, 240.
Verhandlungsmaxime 143, 145, 208.
Verhandlungsprotokoll 171, 175.
Verhinderung am Erscheinen 149, 167, 254.
Verifikation 88, 108 ff., 176.
Verlaßabhandlung, rechtsgeschichtliches 19, 39, 42, 44, 52, 53, 84.
— geltendes Recht 93, 96, 114, 119 Nr. 2, 121 Nr. 6, 123, 126, 130, 136, 138, 139, 155, 159, 161, 162, 163 Nr. 5, 164, 166, 167, 169, 183, 184, 186, 190, 192, 194, 195, 198 f., 204, 206, 217, 218 und Nr. 11, 224, 229, 232, 238 Nr. 4, 240, 241, 248 Nr. 12, 249 Nr. 13, 251, 262, 266, 270, 274.
Verletzung des materiellen Rechtes (ob Nichtigkeit) 213.
Vernehmlassung der Beteiligten 218, 250.
Verneuerte Landesordnung (1627) 43, 211 Nr. 3.
Versäumnis von Fristen 157.
— von Tagsatzungen 254.
Verschwender, Pflegschaft 48, 88, 159, 218 Nr. 9, 267.
Verteilung der Geschäftszweige bei Gerichten 121.
Vertragsgenosse, kein Rekursrecht gegen verweigerte vormundschaftsbehördliche Genehmigung 240.
Vertragsungültigkeit, kein Nichtigkeitsgrund des Konsenses 222, 265.
Vertretung, gesetzliche 130.
— gewillkürte 135.
Vertretungsfreiheit 135.
Verwaltung 96.
— gerichtliche, des Nachlasses 273.
Verwaltungsbehörden 84.
Verwaltungsverfahren, Verhältnis zum Verfahren freiw. Ger. 81, 96, 134, 208 Nr. 1, 245.
Verwandte von Mündeln und Pflegebefohlenen (Rekursrecht) 243.
Verweisung des Streitpunktes auf den Rechtsweg, 78, 165, 274.
Verzichte auf Beweisaufnahmen 192.
Vidimierung 54, 86.
Voies de nullité 214 Nr. 5.
Vollmacht 138.
Vollständigkeit der Sachverhaltserhebung 160, 218.
Vollzug der Verfügung 266 ff.
Vorbehalt erster Erledigung einer höheren Instanz 121.
Vorbehalt des Rechtsweges 261 f.
Vorfragen (privat- und öffentlichrechtliche, strafrechtliche 163 ff., 227, 922 f.

Digitized by Google

Voraussetzungen gültigen Verfahrens 152, 161, 214.
Vormundschaft 3, 39, 45 f., 52, 84, 99, 100 Nr. 22, 114, 120 Nr. 4, 126, 157, 166, 173, 202, 217, 225, 233, 240, 242, 244, 248 Nr. 12, 269, 270.
— potioris nominatio 99.
— Sicherung durch Vormerkung der Haftungsverbindlichkeit des Vormundes 233 und Nr. 8.
— Rechnung, vergl. Schlußrechnung.
Vormundschaftsordnungen (39), 43, 44.
Vorstellung 237 f.
— deren geschichtliche Entwicklung 45 f.
Vorträge an der Universität (Prag) über Verf. freiw. Ger. 60.

W.

Wach Adolf 64 ff.
Wagner J., Amtsrichter 58.
Wagner Vinzenz, Prof. 62.
Wagnersche Zeitschrift 62.
Wahlrecht zwischen mehreren Gerichten 124.
Waisenpflege 18, 39, 44, 279 Nr. 2.
Wartestunde 205.
Wasserbücher 82.
Wechselproteste 50, 54, 89, 119.
Weismann Jakob 67.
Weissler Adolf 68.
Widerspruch gegen eheliche Geburt 89, 274 Nr. 26.
Widerspruch in der Entscheidung 219.
Wiederaufnahmsklage (keine im Verf. freiw. Ger.) 253.
Wiederaufnahme der Gattin 271 Nr. 22.
Wiedereinsetzung in den vorigen Stand 254.
Willkürliche Gerichtsbarkeit 58, 60.
Winkelschreiber 51, 138.
Wirksamkeit der Verfügung 257 ff.

Z.

Zasius Ulrich 34.
Zeit der Verhandlung 204 f.
Zeugen 188 ff.
Zeugenabhörung 189.
Zeugenablehnung 188.
Zeugenausschließung 188.
Zeugenbeeidigung 189.
Zeugengegenüberstellung 189.
Zeugnisungültigkeit bei mündlichem Privattestament 201.
Zuständigkeit, sachliche 121.
— örtliche 123.
Zustellungsausweis 156.
Zustellungswesen 203 f., 205.
Zustimmung zur Ehe eines Minderjährigen 98, 267.
— des Gerichtshofes erster Instanz zu bezirksgerichtlichen Verfügungen 122, 234.
Zwangserziehung 278.
Zwangsmittel 162, 191.
Zwangsrevisoren für Genossenschaften 103.
Zwangsvollstreckung der Verfügung 266 ff.
— deren Einstellung und Aufschiebung 272.
Zweckvermögen 131.
Zweiseitigkeit der Streitverhandlung 143 f.

Digitized by Google

II. Verzeichnis der Quellen- und Gesetzesstellen.

A. Römisches Recht.

Digesta.

fr. 36. D. 1. 7, 27, N. 5, 128.
fr. 2. D. 1. 16, 4, 28, 59, 128.
fr. 9. D. 1. 16, 26.
fr. 1. § 1. D. 1. 21, 85, N. 4.
fr. 5. § 1. D. 1. 21, 142.
fr. 4. D. 2. 1, 5.
fr. 15. D. 2. 4, 27, N. 5.
fr. 2. D. 2. 12, 28.
fr. 30. D. 5. 1, 120, N. 4.
fr. 3. § 11. D. 15. 1, 259.
fr. 14. D. 22. 1, 47.
fr. 5. D. 29. 3, 20, 159.
fr. 17. D. 40. 2, 27, N. 5, 128.
fr. 14. D. 42. 1, 210, N. 3.
fr. 1. § 1. D. 49. 4, 45.
fr. 40 u. 238. § 1. D. 50. 16, 90.
fr. 85. D. 50. 16, 117.
fr. 39. D. de falsis (?) 27, N. 5.

Codex.

l. 5. C. 7. 5, 224.
l. 3. C. 7. 43, 210, N. 3.
l. 3. 5. C. 7. 57, 27, N. 5.
l. 1. C. 8. 49, 27, N. 5.

Novellae.

Novella 44, 5.
— 73, 5.
Novella 74. c. 4. § 1, 15.
— 117. c. 4, 15.

Authenticae.

Auth. ad leg. 1. C. 3. 9, 75.

B. Kirchenrecht.

Gratians Dekret.

Dictum in f. c. 3. C. 3. qu. 3, 75.
c. 60. D. 1. de consecr., 15.

Liber extra.

c. 23. X. 1. 6, 210, N. 3.
c. 1. X. 2. 9, 206.
c. 3. X. 2. 10, 16.
c. 11. X. 2. 19, 14.
c. 8. X. 2. 20, 14.
c. 2. X. 2. 22, 14.
c. 15. X. 2. 22, 14.
c. 16. X. 2. 22, 15.

Digitized by Google

c. 13. X. 2. 26, **16.**
c. 5. X. 2. 28, **45.**
c. 8. X. 3. 4, **14.**
c. 6. X. 3. 26, **20.**
c. 13. X. 3. 26, **20.**
c. 17, 19. . 3. 26, **20.**
c. 5. X. 4. 17, **16.**
c. 21. X. 5. 40, **16**, N. **5.**
tit. X. 3. 13, **17.**

Liber sextus.

c. 11. § 4. VI. 1. 3, **225**, N. **2.**
c. 8. VI. 2. 15, **45.**
tit. VI. 3. 9, **17.**
c. 2. § 1. VI. 3. 11, **20.**
c. 11. VI. 5. 2, **14**, N. **1.**

Clementinen.

tit. Clem. 3. 4, **17.**
c. 2. Clem. 5. 11, **209**, Nr. **2.**

Synoden.

Concil. Trident. Sess. XXIV. c. 1 u. 2, **16.**
Fränkische Provinzialsynoden:
Maçon, II. 582. c. 11, **17.**
Mainz 813. c. 8 u. 14, **17.**
Böhmen, Provinzialkonzil v. 28/30. IX. 1605, **16.**

C. Fränkisches Recht.

Capitulare (Boretius I. 136. c. 4) **16**, N. **4.**
Capitulare (Boretius 177. c. 5—7) **16**, N. **4.**
— II. 805. c. 24, **18.**

D. Deutschland.

I. Quellen.

Lex Alamannorum et Bajuvariorum I. 1, **6**, N. **9.**
— Ribuaria tit. 59. 1, **6**, N. **9.**
— Salica, **145**, N. **1.**
Reichskammergerichtsordnungen:
v. 1521 tit. 21. § 2, **210** N. **8.**
v. 1523 tit. 5. §§ 6 u. 7, **210**, N. **8.**
v. 1555 III. 34. §§ 1, 2, 3, **210**, N. **8.**
v. 1555 III. 53. §§ 1, 5, 6 u. 10, **211**, N. **8.**
Jüngster Reichsabschied 1654.
§ 121, **210**, N. **8.**
§ 122, **209**, N. **2**, **210**, N. **8.**
Gerichtsordnung für Bayern v. 1753. XV. § 5, N. 6, **46.**
Gerichtsordnung für Preußen v. 1793, II. Teil, **76**, N. **10.**
Preußisches Landrecht, 1794, II. Teil, Titel 2. § 721, **91.**
Hypothekengesetz für Bayern v. 1. Juni 1822, § 40, **79**, N. **14.**
Verordnung über das Verfahren in nichtstreitigen Rechtssachen für Sachsen v. 9. Jänner 1865.
§§ 202 u. 203, **79**, N. **14.**

II. Gesetzesstellen.

Bürgerliches Gesetzbuch v. 18. August 1896.
Art. 59, 82. N. **4.**
§§ 1860, 1867 u. 1873, **244.**
Gesetz v. 5. März 1855 für Preußen G. S. 175, **82.**
— über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit v. 17. Mai

Digitized by Google

1898, **66**, N. **28**.
§ 6, **119**, N. **8**.
§ 7, **119**, N. **8**.
§ 144, **126**.
Handelsgesetzbuch v. 10. Mai 1897.
§§ 309 u. 310, **126**.
Reichsgesetz v. 26. Mai 1896, **114**, N. **5**.
— v. 17. Mai 1898, **56**.
Zivilprozeßordnung v. 17. Mai 1898.
§ 645 ff., **142**.

E. Frankreich.

Code civil (1803).
Art. 407, **244**.
Art. 454—467, **244**.
Art. 492, **142**.
Code de procédure (1806).
II. Teil, **76**, N. **10**.
Art. 132, **225**.
Art. 150, **149**.

F. Österreich-Ungarn.

I. Quellen.

Verneuerte Landesordnung für Böhmen v. 1627 (F. 75. 82), **211**, N. **8**.
Vormundschaftsordnung für die höheren Stände Böhmens v. 7. Februar 1736, **48**.
Vormundschaftsordnung für den Bürgerstand Böhmens v. 3. Febr. 1755, **48**.
Reskript v. 31. Okt. 1740, **60**.
Hofdekret v. 9. Febr. 1754, **60**.
Kuratoreninstruktion (bei Fideikommissen) vom 12. Nov. 1762, **48**, N. **9**.
Gesetz v. 22. Jänn. 1763, **82**.

II. Gesetze für Ungarn.

Ministerialverordnung für Ungarn v. 17. Dez. 1852, Z. 263 RGBl., § 9, **238**, N. **4**.
Ministerialverordnung v. 15. Juni 1853, Z. 109 RGBl., für Siebenbürgen, **243**, N. **8**.
Judexkurialkonferenz v. 23. Juli 1861, **55**.
Gerichtsordnung für Ungarn v. 1868, **55**, N. **86**.

III. Gesetzesstellen aus Reichs- und Landesgesetzen (seit Kaiser Josef II.).

Advokatenordnung vom 6. Juli 1868, Z. 96 RGBl., § 8 138
§ 28 lit. h 167
Aktienregulativ v. 20. Sept. 1899, Z. 175 RGBl.
§§ 13 u. 15 92
§ 156 103
Ah. Entschließung über die Amtswirksamkeit der politischen Behörden v. 14. Sept. 1852
§ 26 228
§ 29 82
Bergbehörden-Gesetz v. 21. Juli 1871, Z. 77 RGBl. 122
Berggesetz v. 23. Mai 1854, Z. 146 RGBl.
§ 189 132
Bürgerliches Gesetzbuch, westgalizisches, siehe unten.
Bürgerliches Gesetzbuch v. 1. Juni 1811, § 16 . 143
§ 19 , 75, 95, 111, 113, N. 5
§ 24 . . . . . 127, 255
§ 37 194
§ 49 267
§ 52 . . . 98, 133, 240
§ 75 91
§ 80 91
§ 91 . . . . . 97, 138
§ 92 97
§ 94 . . . . 113, N. 5
§ 97 . . . . . 135, 260
§ 105 90
§ 109 139
§ 112 159
§ 115 . . . . . 135, 260
§ 120 . . . . 230, N. 3

Digitized by Google

§ 121 134
§ 127 91
§ 128 91
§ 141 . . . 98, 133, 240
§ 142 . . . . . 97, 133
§ 143 244
§ 145 . . . . . 85, 99
§ 146 134
§ 148 . . . 98, 133, 240
§ 149 . . . . 258, N. 3
§ 150 99
§ 151 132
§§ 155—159 134
§ 156 . . 89, 90, N. 13, 274, N. 26
§ 158 . . . . . 134, 260
§ 161 166
§ 162 . . 230, 258, N. 3
§ 163 276
§ 164 91
§ 169 99
§ 171 . . . . 277, N. 3
§ 178 . . 98, 129, 132, 240, 243
§ 181 . 49, 53, 85, 98, 99, 133, 240
§ 182 85
§ 183 241
§ 186 90
§ 187 . . . 93, 233, 268
§ 190 . . . . . 114, 129
§ 191 167
§ 197 240
§ 203 . . . . 100, N. 22
§ 205 136
§ 217 . . 129, 132, 240 243
§ 219 . 99, 100, N. 22
§ 221 244
§ 229 . . . . . 94, 195
§ 232 160
§ 239 . . . . 100, N. 22
§ 241 45
§ 242 262
§ 246 132
§ 247 132
§ 251 243
§ 252 243
§ 254 167
§§ 258—260 100
§ 262 . . . . 100, N. 22
§ 264 . . . . . 225, 233
§ 265 . . . . . 233, 242
§ 268 . 47, 100, N. 22, 236, 237, 240
§ 269 134
§ 273 . 48, 78, 88, 114, 159, 245
§ 275 . . . . . 137, 213
§ 276 . . . 93, 94, 131
§ 277 88
§ 281 167
§ 282 . . 91, 160, 225, 233, 236, 262
§ 283 159
§ 300 126
§ 442 241
§ 520 95
§ 537 166
§ 540 . . . . 197, N. 6
§§ 540—543 165
§ 565 201
§ 566 201
§ 568 132
§ 569 132
§ 572 201
§ 585 199
§ 586 . . 199, 201, 202
§ 587 ff. 90
§ 589 176
§ 591 201
§ 592 . . 201, 202, 262, N. 8
§ 594 201
§ 613 95
§ 618 160
§ 627 . 82, 93, 114, 243, 268
§ 630 . . . . . 114, 130
§ 635 . . . . 218, N. 11
§ 688 95
§ 709 . . . . 232, N. 6
§ 713 201
§ 719 . . . . . 90, 201
§ 723, II. 201
§ 735 . . . . 263, N. 10
§ 753 . . . . 258, N. 3
§ 760 94
§ 771 165
§ 797 88
§ 798 45
§ 802 . . . . 238, N. 4
§ 806 156
§ 810 . . . . 274, N. 25
§ 811 240
§ 812 240
§ 813 255
§ 815 240
§ 816 131
§ 819 262
§ 823 . 254, 262, N. 8
§ 824 231
§ 850 . . . 89, 192, 224
§ 852 188
§ 865 . . 110, 222, 240
§ 871 265
§ 883 . . . . 54, N. 34
§ 933 265
§ 1007 138
§ 1008 . . . . 139, 140
§ 1009 139
§ 1010 139
§ 1011 139
§ 1016 138
§ 1022 . . . . 139, 167
§ 1024 167
§ 1034 138
§ 1220 . . 99, 133, 240
§ 1221 158, 269, N. 17
§ 1231 99, 133, 158, 240
§ 1238 . 98, 274, N. 26
§ 1239 98
§ 1240 98
§ 1245 95
§ 1259 90
§ 1273 227
§ 1282 241
§ 1319 . . . 114, N. 5
§ 1338 . 75, 113, N. 5
§ 1375 111
§ 1387 273

Digitized by Google

§ 1425 89
§ 1445 77
§ 1455 111
§ 1487 . . . . 183, 265
§ 1497 . 95, 113, N. 5
Eisenbahnenteignungsgesetz v. 18. Febr. 1878, Z. 30, RGBl.
§ 23 . . 79, N. 14, 89
§ 30 . 100, 191, 226, N. 3, 237, N. 3, 238, N. 4
§§ 35, 36 . 269, N. 16
§ 44 225
Erlaß d. JM. v. 11. März 1852, Z. 64 RGBl. . 199, 201
— v. 15. Okt. 1855, Z. 13.938 . . 215, N. 7
— d. JM. v. 28. Aug. 1860, Z. 205 RGBl., § 1 . 239
— d. JM. v. 10. Okt. 1860, Z. 14.939 127
— d. Kult. Min. im Einvernehmen mit d. JM. v. 1. März 1868, Z. 825 . 97
— d. FM. v. 9. Jän. 1869, Nr. 8 RGBl. 174
Exekutionsordnung v. 27. Mai 1896, Z. 79 RGBl. . . . . 76, N. 10
Art. 1 . 74, 76 N. 10, 98 N. 21, 125, 269, 270, 271, 273, 274
Art. 5 . . . . 242, N. 6
Art. 13, Z. 3 . 271, N. 22
Z. 4 268
Z. 5 228
Z. 7 . 103, N. 29, 228
Art. 17 . . . . 73 N. 4
Art. 27 273
Art. 29 . . . . 73 N. 4
Art. 30 . . . . 73 N. 4
§ 1 142
Z. 5 . . 153, 276, 277
Z. 6 . 267, 268, 269, 273
Z. 17 269
§ 3 268
§ 4, Z. 1 u. 3 . . . 272
§ 7 . . . . . 267, 269
§ 10 . . . . . 73 N. 4
§ 14 272
§ 27 272
§ 35 . 73, N. 4, 272, 273
§ 36 . . . . . 73 N. 4
§ 37 . 73 N. 4, 99, 263
§ 40 272
§ 41 272
§ 42 Z. 5 272
§ 44 272
§ 54 268
Z. 7 276
§ 74 271
§§ 79—85 270
§ 81, Z. 3 270
§ 96 272
§ 118 268
§ 180 140
§ 336 99
§ 354 . . . . 271 N. 22
§ 355 . . . . 271 N. 22
§ 263 272
§ 370 . . 228, 257, 273
§ 372 257
§ 377 272
§ 378 228
§ 378 ff. . . . 261 N. 6
§ 379 . . . . . 73, 74
§ 381 74
Z. 1 73
Z. 2 . . . . . 73, 97
§ 382 273
Z. 8 . . 97, 98 N. 21
§ 391, II. . 261 N. 6
§ 392 272
§ 399 272
Genossenschaftsgesetz v. 9. April 1873, Z. 70 RGBl., § 29 . 103, N. 27
§ 41 . . . . . 103, N. 30
Genossenschaftsregister-Verordnung v. 23. Mai 1895, Z. 74 RGBl.
§ 18 . . . . . 193, 196
Genossenschafts-Zwangsrevisoren-Gesetz vom 10. Juni 1903, Z. 133 RGBl.
Gerichtsinstruktion (Pat. v. 9. Sept. 1785) . 44, 48
— v. 3. Mai 1853, Z. 83 RGBl., § 54 265
§ 156 215
Gerichtsorganisationsgesetz v. 27. Nov. 1896, Z. 217 RGBl.
§ 3 . . . . . 118, 225
§ 26 117
§ 29 206
§ 37 74
Z. 11 . . . . 118, 154
§ 38 . 74, 118, 154, 173, 175, 176, 178, 185, 215
§ 39 154
§ 56 . 89, 109, 119, 252
§ 75 221
§ 78 . . . . . 232, 236
§ 83 233
§§ 83—86 75
§ 85 . . . . . 168, 236
§ 86 205
§ 87 . . 146, 155, 191
§ 88 203
§ 89 174
Geschäftsordnung für die Gerichte v. 5. Mai 1897, Z. 112 RGBl.
§ 1 . . . . 219, N. 13
§ 19, Z. 6 118
§ 27 118
§ 29 118
§ 33 118
§ 44, II. 206
§ 46, I. 205
§ 47, IV. 205
§ 57 206
§ 75 . . . . 219, N. 13
§ 82 . . 118, 169, 177, 237
§ 86 . 152, 173, N. 12
§ 89, I. 168

Digitized by Google

§§ 97—99 247
§ 100 . . . . . 174, 247
§ 110 268
§ 111 268
§ 115 . . . . 173, N. 12
§ 119 . . . . 173, N. 12
§ 149 152
§ 151 247
§ 196, I. 118
§ 288 177
§ 323 252
§ 410 221
Gesetz v. 29. Juni 1850 85
— v. 25. Mai 1868, Z. 47 RGBl., Art. II . . 91
— v. 13. Juni 1868, Z. 61 RGBl. 82
§ 3 . . . . . 121, 160
— v. 10. Juli 1868, Z. 12 RGBl. 91
— v. 6. Februar 1869, Z. 18 RGBl., § 3 . 144
§ 5 255
§ 9 . . . . 79, 89, 144
§ 11 . . 144, 174, 203
— v. 18. Februar 1869, Z. 30 RGBl.
§ 30 . 100, 237, N. 3
— v. 20. Mai 1869, Z. 78 RGBl. 119
— v. 21. September 1869, Z. 150 RGBl. . . . 64, N. 17, 275
— v. 9. April 1870, Z. 51 RGBl. 91
— v. 25. Juli 1871, Z. 96 RGBl., § 2 122
§§ 6 u. 14 255
— v. 12. Juli 1872, Z. 112 RGBl. 233
— v. 24. April 1874, Z. 48, 49 RGBl. . . 121, N. 6, 131
— v. 19. Mai 1874, Z. 70 RGBl., § 11 . 120, N. 5
§ 43 247
Gesetz v. 4. April 1875, Z. 68 RGBl. 84
— v. 18. Februar 1878, Z. 30 RGBl., § 12 . 89
§ 24 190
§ 30 239
§ 31 185
§ 35 . . . . 269, N. 16
§ 36 . . . . 269, N. 16
— v. 7. Mai 1879, Z. 65 RGBl. . . . . 83, N. 5
— v. 16. Februar 1883, Z. 20 RGBl. 129
§ 3 188
§ 4 185
§ 9 . . . . . 135, 159
— v. 20. Mai 1883, Z. 82 RGBl. . . . 93, N. 16
§ 2 268
§ 3 114
— v. 16. März 1884, Z. 36 RGBl., § 12 265
— v. 30. Juni 1884, Z. 115 RGBl., § 15 101
— v. 30. Juni 1884, Z. 117 RGBl., § 16 . 269, N. 16
— v. 25. November 1885, Z. 140 RGBl. . . . 89
— v. 28. Mai 1889, Z. 64 RGBl., § 39 . 122, N. 6
— v. 5. Juni 1890, Z. 109 RGBl. 193
— v. 16. Juli 1892, Z. 202 RGBl. 83
— v. 7. Juli 1896, Z. 140 RGBl.
§ 9 . . 101, 163, N. 6
§ 16 101
— v. 17. März 1897, Z. 77 RGBl., Art. X . . 119
Art. XI 91
— v. 18. Juni 1901, Z. 74 RGBl.
§ 12 . 104, N. 31, 186, N. 2
— v. 10. Juni 1903, Z. 133 RGBl. . 103, 122, N. 6
Gesetz v. 6. März 1906, Z. 58 RGBl.
§§ 43, 87 135
Grundbuchsordnung v. 25. Juli 1871, Z. 95 RGBl.
§ 14 . . 78, 160, 226
§ 20 132
§ 26 140
§ 31 . . . . . 140, 193
§ 38 lit. c 233
§ 42 . 233, N. 8, 261, N. 6
§ 43 255
§ 45 . . . . . 79, 226
§ 52 132
§ 56 . . . . . 84, 194
§§ 66 ff. 254
§ 68 79
§ 76 111
§ 79 134
§ 80 134
§ 82 255
§ 83 . . . . . 111, 174
§ 85 . . . . 231, N. 4
§ 87 . . . . . 158, 194
§ 88 . . . . . 158, 195
§ 92 175
§ 94, Z. 2 u. 4. . 159
§ 95 . 231, N. 4, 232, 158
§ 96 . . . . 231, N. 4
§ 97 232
§ 104 79
§ 124 203
§ 126 . 75, N. 9, 236, 238, N. 4, 246, 247
§ 127 248
§ 130 . . 75, N. 9, 253
Haager Konvention v. 14. Nov. 1896, Z. 85 RGBl. vom Jahre 1899 120, N. 4
Art. 5—10 185
Handelsregisterverordnung v. 9. März 1863, Z. 27 RGBl.
§ 21 174

Digitized by Google

§ 22 . . . . . 193, 194
§ 23 . . . . 231, N. 4
Handelsgesetz v. 17. Dez. 1862, Z. 1 ex 1863 RGBl.
§ 3 139
§ 6 . . . . . 97, 266
§ 12 . 93, N. 16, 114, 165
§ 13 129
§ 14 125
§ 15 . 92, N. 16, 246
§ 39, Z. 1 165
Art. 26 . . . . 125, 165
Art. 27 125
Art. 40 194
Art. 42 139
Art. 54 249
Art. 105 101
Art. 133 . 102, 122, N. 6
Art. 134 . 102, 122, N. 6
Art. 145 . . . 103, 264
Art. 160 101
Art. 160, III. . . . 102
Art. 172 . . 102, 103, 122, N. 6
Art. 174 . . . . 87, 91
Art. 190 73
Art. 195 . . 102, N. 27
Art. 205 102
Art. 208 . . . . 87, 91
Art. 222 73
Art. 225 . . 102, N. 27
Art. 244 . . 102, N. 25
Art. 246 103
Art. 253 101
Art. 253, II. 102
Art. 275 139
Art. 310 . . 103, N. 29
Art. 348 . . 88, N. 11
Art. 365 . . 88, N. 11
Art. 375 . . 103, N. 27
Art. 407 . . 88, N. 11, 103, N. 27
Art. 409 . . 103, N. 27
Heimatsgesetz v. 3. Dez. 1863, Z. 105 RGBl.
§ 37 . . . . 245, N. 9
Hofdekret v. 15. Jänn. 1781, Nr. 619 JGS. . 243, N. 8
— v. 30. Mai 1781 (Josefs II. Ges., I. Bd., S. 15) . . . . 221, N. 15
— v. 27. Dez. 1782, Z. 111 JGS. 47
— v. 28. Juli 1783, Z. 165 JGS. 21
— v. 28. Juli 1783, Z. 166 JGS. 44
— v. 11. Sept. 1787, Z. 716 JGS. 225
— v. 10. Dez. 1787, Z. 754 JGS. 84
— v. 3. Jänn. 1788, Z. 760 JGS. 84
— v. 22. Jänn. 1788, Z. 769 JGS. . . . 48, N. 26
— v. 3. April 1788, Z. 803 JGS. 50
— v. 8. April 1788, Z. 804 JGS. . . . 48, N. 26
— v. 2. Juni 1788, Z. 837 JGS. 86
— v. 22. Juli 1788, Z. 860 JGS. 50
— v. 21. Aug. 1788, Z. 879 JGS. 84
— v. 15. Dez. 1788, Z. 936 JGS. . . . 114, N. 5
— v. 25. Juni 1789, Z. 1026 JGS. . . . 90, N. 13
— v. 29. Jänn. 1791 . 60
— v. 6. Nov. 1795, Z. 263 JGS. 199
— v. 22. April 1796, Z. 293 JGS. . . . 243 N. 8
— v. 3. März 1797, Z. 342 JGS. 228
— v. 14. Juni 1798, Z. 420 JGS. 49
— v. 23. Aug. 1799, Z. 475 JGS. 164
— v. 20. Dez. 1800 . 60
— v. 16. Jänn. 1801, Z. 516 JGS. . 64, N. 17, 275
Hofdekret v. 27. Nov. 1801, Z. 543 JGS. . 45, N. 12
— v. 30. Okt. 1802, Z. 582 JGS. . . . . 254, N. 17
— v. 3. Nov. 1803, Z. 635 JGS. . . . . 52, N. 33
— v. 7. Sept. 1805, Z. 746 JGS. 243
— v. 21. Okt. 1805 . 60
— v. 14. März 1807 . 45, N. 12
— v. 13. Juli 1810 . 60
— v. 7. Sept. 1810 . 60
— v. 7. Juni 1811, Z. 948 JGS. 50
— v. 22. Juli 1812, Z. 997 b JGS. 194
— v. 18. Juli 1817, Z. 1350 JGS. 86
— v. 11. Jänn. 1819, Z. 1535 JGS. 49, 53
— v. 15. Dez. 1824, Z. 2057 JGS. 91
— v. 27. Juni 1837, Z. 208 JGS. 164
— v. 28. Juni 1837, Z. 209 JGS. 166, 241
— v. 22. Jänn. 1838, Z. 249 JGS. 194
— v. 6. Nov. 1840, Z. 33.521 243, N. 8
— v. 17. Jänn. 1845, Z. 860 JGS. 85
— v. 26. Febr. 1846, Z. 940 JGS. 86
— v. 26. Sept. 1846, Z. 985 JGS. 94
— v. 4. Dez. 1846, Z. 1005 JGS. 86
Instruktion für die Präturen in Lombardo, Venetien und Tirol v. 16. Juli 1824, Nr. 2024 JGS. 52
— für die Bezirksgerichte im Küstenlande vom 15. Juli 1825 . . . 52

Digitized by Google

Instruktion für Gemeindevorsteher und Gerichtsgehilfen v. 9. April 1830, Z. 2457 JGS. . . . 52
— für Behandlung des Waisen-, Kuranden- u. Depositenvermögens v. 16. Nov. 1850, Z. 448 RGBl. 53
— v. 28. Juni 1850, Z. 256 RGBl. 119
— für die Finanzprokuraturen v. 9. März 1898, Z. 41 RGBl.
§ 2, III. 135
§ 2, Z. 10 . 249, N. 13
Josefinisches bürg. Gesetzbuch (1786). 46, N. 21, 48
— Gerichtsinstruktion v. 9. Sept. 1785, Z. 494 JGS., II. Teil, 5. Abschn.
§§ 25—44 199
— Gerichtsordnung vom 1. Mai 1781, § 112 . 50
§§ 182—186 199
§§ 262—266 . . . 211, N. 3
Jurisdiktionsnorm (Einführungsgesetz) v. 1. August 1895, Z. 110 RGBl.
Art. I. 121
Art. III. 116
Art. VIII., Z. 1 . . 117
Z. 2 . 120, N. 4, 121, N. 6
Z. 3 126
Z. 4 . 101, 121, N. 6, 239
Z. 7 . . . 121, N. 6
Art. X. 126
Art. XIII. . 242, N. 6
Art. XVI. . 87, 88, 134, 244
Art. XVII., 2. . . 120, N. 5, 122
Art. XVIII. 123
Jurisdiktionsnorm vom 1. Aug. 1895, Z. 111 RGBl. . 77, N. 10, 87
I. Teil, 2. und 3. Abschnitt 120
§ 1 . . . . 69, 87, 116
§ 3 . 116, 237, N. 3, 239
§ 5 118
§ 7 107
§ 7, IV. 118
§ 12 228
§ 15 . 172, N. 12, 175
§ 19, Z. 1 . . 129, 215
§ 20 . . . . . 129, 215
§ 28 120
§ 29 . . . . 120, N. 4
§ 31 120
§ 32 123
§ 33 123
§ 36 184
§ 37 . . . . 120, N. 5
§ 38 ff. . 120, N. 5, 129
§ 40 . . . . 242, N. 6
§ 41, III. 124
§ 42 . . 74, 125, 216
§ 43 74
§ 44 . . . . . 74, 124
§ 45 . . . . 216, N. 8
§ 47 168
§ 49 . 89, 122, N. 6, 276
§§ 49—104 . 77, N. 10
§ 50, Z. 3 . . 97, 274, N. 26
§ 52 . . . . 122, N. 6
§ 60 . . . . . 121, 124
§§ 61—63 178
§ 77 186
§ 103 124
§ 104 . . . . . 123, 216
§§ 105—122 . 77, N. 10
§ 106 124
§ 107 126
§ 109 . 121, N. 6, 122, 127, 234, 239
§ 110, II . . 120, N. 4
§ 111 120
§ 112 . . . . 121, N. 6
§ 113 . 85, 88, 90, 127, . 229
§ 115 . . 89, 121, N. 6
§ 116 . . . . 90, 121 u. N. 6
§ 117 . 120, N. 5, 121 u. 122, N. 6, 126, 169, 184
§ 118 . 121, N. 6, 126
§ 120 . . . . 122, N. 6
§ 121 . . . . . 91, 123
§ 122 124
Kais. Verordnung vom 20. Dez. 1848, Z. 39 RGBl. 85
— v. 21. Dez. 1855, Z. 2 RGBl. pro 1856 . 120. N. 4
— v. 26. Dez. 1897, Z. 305 RGBl., § 13 226
Konkursordnung v. 25. Dez. 1868, Z. 1 ex 1869 RGBl., § 4 131
§ 5 167
§ 76, I. 131
§ 95 . . . . . 131, 167
§ 255 255
§ 257 237
Landesgesetz für Böhmen, Z. 10 RGBl. 86
— v. 10. Dez. 1850, Z. 142 LVBl. . . . . 64, N. 17
— v. 5. April 1870, Z. 33 LGBl. . . . . 79, N. 14
— v. 14. März 1890, Z. 28 LGBl. 83
— v. 28. Aug. 1870, Z. 71 LGBl. (Wassergesetz) 83, N. 5
— v. 16. April 1864, Z. 7 LGBl. (Gemeindeordnung) . . . . . 84, N. 7
Landesordnung f. Böhmen v. 26. Febr. 1861, Z. 20 RGBl. 86
Landtafelpatent v. 22. April 1794, Nr. 171 JGS . 43

Digitized by Google

Meliorationsdarlehengesetz v. 9. Juli 1896, Nr. 144 RGBl., § 3 . 79
Notariatsordnung vom 29. Sept. 1850, Z. 366 RGBl. . . . 51, 54, 84
— v. 21. Mai 1855, Z. 94 RGBl. . . . 54, N. 34
§ 183 . . 107, 116, 191
§ 186 . 116, 215, N. 7
§ 191 . . . . 215, N. 7
— v. 25. Juli 1871, Z. 76 RGBl. . 54, N. 34, 113
Art. II. . . . 116, 226
§ 5 . . 138, 215, N. 7
§ 31 . . . . . 132, 206
§ 33 . 119, N. 3, 129, 215, N. 7
§ 34 132
§ 35 . 106, 111, 206, 236
§ 36 132
§ 52 . 90, 110, 132, 217
§ 53 110
§ 60 138
§ 69 140
§ 70 . . . . . 90, 132
§ 72 138
§ 74 . . . . . 136, 140
§ 75 90
§ 76 111
§ 83 . . . . 89, 90, 98
§§ 95—97 177
§ 96 140
§ 97 111
§ 103 236
§ 116 e 132
§ 173 . . . . . 106, 206
Notariatstarif, 1855 § 27 226
1871, § 14 206
Notweggesetz v. 7. Juli 1896, Z. 140 RGBl.
§ 9 . . 101, 121, N. 6
§ 16 . 121, N. 6, 238, N. 4
§ 25 225
Patent v. 9. Mai 1785, Z. 424 JGS. 49
— v. 9. Sept. 1785, Z. 464 JGS. 44, 48
— v. 26. Febr. 1796, Nr. 282 JGS. . . . . 45, N. 12
— v. 22. Febr. 1791, Z. 115 JGS. 48
— v. 13. Febr. 1797, Z. 337 JGS. . . . . 89, N. 13
— v. 28. Juni 1840, Z. 451 JGS. 117
— v. 28. Juni 1850, Z. 255 RGBl., § 85, II . . 199
§ 91 232
§§ 144 u. 146 . . . 48
§§ 144—149 52
§§ 144 ff. . . . 243, N. 8
— v. 29. Nov. 1852 . 54
— v. 3. Mai 1853, Z. 81 RGBl., § 54 265
§ 156 215
— über das Verfahren außer Streitsachen v. 9. Aug. 1854, Z. 208 RGBl. . 48, 51, 52, 54, 55, 67, 76, N. 10
§ 1 . 74, 75, 111, 113
§ 2 . 76, N. 10, 93, 119, N. 3, 133, 160, 223
princ. . 130, 132, 159, 207, 211, 217, 222, 232, 250, 268
I. . 123, 133, 138, 216
II. 217
III. . . . 140, 195, 217
IV. . 128, 130, 144, 218, 226, 261
V. . 128, 154, 155, 156, 157, 167, 181, 182, 184, 186, 187, 188, 190, 192, 194, 195, 207, 218, 219, 250, 260, 262, N. 9
VI. . . 128, 157, 197, N. 6
VII. . 74, 77, 78, 102, 128, 164, 165, 183, 229, 230, 236, 274
VIII. . 128, 158, 177, 198, 221
IX. 162, 185
X. . 110, 128, 158, 168, 169, 174, 220, 222, 226, 231, 232, 237
XI. . 110, 219, 222, 226, 231
§ 4 . . . . 76, N. 10, 111, 137, 173, 174, 175
§ 5 . . . 136, 137, 167, 247
§ 6 . . . . . 156, 203
§ 7, I. . 76, N. 10, 205, 206, 207, 221
§ 8 . . . 140, 192, 193
II. . . . . 76, N. 10
§ 9 . 48, 75, N. 9, 124, 160, 165, 191, 200, 219, N. 13, 220, 221, 229, 237, 238, 239, 247, 248, 249, 251
§ 10 . . . . . 239, 246
§ 11 . 205, 238, 247, 248, 254
II. . . 212, 222, 253
§ 12 . 74, 229, 249, 253
I. . . 258, 266, 269, N. 17
§ 13 . . 198, 251, 252
§ 14 252
§ 15 . 225, 242, 243, 246
§ 16 . 75, N. 9, 207, 213, 219, N. 13, 222, 223, 236, 252, 253
II. . . . 76, N. 10
§ 17 . 77, N. 10, 254, 255, N. 17
§ 18 . . . . . 229, 236
II. 237

Digitized by Google

§ 19 . 93, 99, 100, N. 22, 142, 162, 225, 233, 263, 267, 268, 272
I. 191
II. 261, 262
III. 160, 270
IV. 274
§ 22 126
§ 23 126
§ 24 126
§ 27 217
§ 31 . . 119, 129, 140
§ 36 . . 78, 114, 129
§ 38 206
§ 40 . . 159, 188, 189
II. 155, 196
§ 43 94
§ 51 . . . . . 78, 114
§ 61 . . . . . 195, 201
§ 63, Z. 5 195
§ 65 . 159, 164, 183, 188, 189, 199, 200
§ 66 . 164, 184, 189, 198 ff., 206
II. 94, 162
§ 67 . . . 183, 198 ff.
§ 68 . . . . . 177, 195
§ 70 . . . . . 130, 195
§ 73 . . . 218, N. 11
§ 74 166
§ 75 . 197, N. 6, 251
§ 76 204
§ 77, Z. 1 94
§ 78, Z. 1 u. 3 . . 130
§ 80 . . . . . 130, 131
§ 90 204
§ 92, Z. 1 . . 94, 195
§ 93 206
§ 94, Z. 1—4 . 183, 184, 206
§ 95 . . 130, 191, 205
§ 97 263
§ 98 . . 157, 187, 196
I. . . 155, 186, 189
II. 194
§ 100 269
§ 102 . . . . . 189, 194
§ 103 190
§ 104 269
§ 106 194
§ 111 224
§ 114 . 78, 140, 188, 263
§ 115 173
§ 116 . . . . . 169, 173
§ 117, II. u. III. . 136, 206
§ 118 167
§ 120 . . . . . 156, 157
II. . 162, 204, 205, 225
§ 122 . . 169, 186, 192
§ 123 . . . . . 186, 189
§ 124 130
§ 125 . . . . . 187, 276
§ 127 . . 78, 165, 201, 254, 274
§ 128 . 94, 130, 167, 204
§ 129 187
§ 130 . . . . . 94, 167
§ 131 204
§ 132, II. 224
§ 133 204
§ 135 130
§ 136 . . . . . 78, 187
II. 204, 276
§ 138 232
§ 139 204
§ 140 . . . . . 126, 129
§ 145 . . . . . 231, 265
§ 148 206
§ 149 . 88, 162, 189, 232
b 263
§ 150 . 162, 173, 204, 205
§ 151 . . 160, 173, 204
§ 152 173
III. 218
§ 156 . 129, 163, N. 5
§ 158 . 95, 263, N. 10
§ 160 . . . . . 94, 204
§ 161, II. 95
§ 164 131
§ 165 94
§ 168 160
§ 169 . . 195, 263, 265
§ 170 . . . . . 90, 130
§ 171 . . 78, 130, 195
II. . . 263, 265, 276
§ 172 94
§ 174 . 204, 229, 232, 236, 262
Z. 2 . 262, N. 10, 263
Z. 4 94
§ 175 195
§ 177 . 247, N. 11, 262, 266, 270
§ 178 . . 229, 266, 270
§ 180 . . . . . 168, 262
§ 182 131
§ 183 . . . . . 114, 127
§ 184 132
§ 185 . 130, 174, 190, 243
II. . . 133, 155, 187
§§ 187 ff. . . 160, 221, 240, 265, 277, N. 3
§ 188 . . . . . 160, 246
§ 189 . 130, 169, 195, 226
II. . . . . 277, N. 3
§ 190 . 130, 133, 136, 155, 160, 187, 206, 232
§ 191 . . . . . 236, 240
§ 192 . . . . . 110, 217
§ 193 . . . . . 130, 162
§ 195 270
§ 196 . . . . . 190, 191
§ 197 190
§ 198 191
§ 200, II. 160
§ 201, II. 160
§ 203 . . . . . 173, 243
§ 207 . . . . . 162, 204
§ 208, I. 157
VII. 160
§ 209 190
§ 210 191

Digitized by Google

§ 212 269
§ 213 162
§ 215 . . . . . 195, 203
§ 216 262
§ 217 . . . . . 203, 204
I. 270
§ 219 . 127, 157, 162, 169, 174, 190, 195, 217, 221, 243, 262, 270
§ 220 . . . . . 82, 157
§ 223 . . 114, 183, 195
§ 224 . 157, 165, 183, 195
§ 225 . . . . 269, N. 18
§ 226 224
§ 227 114
§ 228 . . . . . 130, 131
§ 229 . 130, 131, 187, 190, 218
§ 230 . . . . . 94, 195
§ 232 114
§ 233 204
§ 234 . . . . . 166, 241
§ 237 130
§ 238 . . . . . 190, 191
§ 240 . . . . . 130, 173
§ 241 . . 232, 246, 257
II. 236, 239
§ 247 . . . . . 114, 162
§ 251 . . 78, 114, 268, 269, 274, 276
I. 157
II. 233, 239
§ 252 130
§ 254 . . 131, 190, 268
II. 272
§ 256 . . 93, 114, 268
§ 257 130
§ 259 229
§ 261 87
§ 262 195
§ 263 130
§ 265 . 166, 258, N. 3, 266
§ 266 . 160, 204, 265, 266
§ 269 . . . . . 84, 90
II. 232
§ 271 86
§ 272 . . 141, 191, 201
§ 274 . . . . . 130, 191
§ 277 . . . . . 90, 169
§ 283 86
§ 285 189
§ 293 91
Patentgesetz v. 11. Jänn. 1897, Z. 30 RGBl. . 83
Staatsgrundgesetz über die richterliche Gewalt v. 21. Dez. 1867, Z. 144 RGBl. . . . . 77, N. 10
Art. 6 116
Art. 10 179
Art. 14 216
— über die Regierungs- und Vollzugsgewalt
Art. XI 267
Statut des Obersten Gerichtshofes v. 7. Aug. 1850, Z. 325 RGBl.
§ 16, lit. f. 199
Strafgesetz v. 27. Mai 1852, Z. 117 RGBl.
§ 199 a) . 164, 188, 191
Strafprozeßordnung vom 23. Mai 1873, Z. 119 RGBl., § 84 164
§ 145 155
Vereinsgesetz v. 26. Nov. 1852, Z. 253 RGBl.
§ 26 94
— v. 15. Nov. 1867, Z. 134 RGBl., § 27 94
Verordnung v. 26. April 1790, Z. 17 JGS. . 100, N. 22
— d. JM. v. 29. Juni 1850, Z. 257 RGBl. . . . 53
— v. 16. Nov. 1850, Z. 448 RGBl.
§§ 36 u. 46 . 265, N. 12
— v. 17. Dez. 1852, Z. 263 RGBl. . . . 243, N. 8
Verordnung v. 19. Jänn. 1853, Z. 10 RGBl.
§ 26 228
§ 29 82
— v. 18. Juli 1853, Z. 114 RGBl. . 64, N. 17, 275
— v. 3. Juli 1854, Z. 169 RGBl., § 24 225
§ 29 268
— v. 8. Juni 1857, Z. 114 RGBl. 138
— v. 7. Mai 1860, Z. 120 RGBl., § 3 137
— v. 9. März 1863, Z. 27 RGBl., § 22 140
— v. 30. Aug. 1869, Z. 124 RGBl. . . . 238, N. 4
— v. 14. Mai 1873, Z. 71 RGBl. . . . 245, N. 10
§ 7 246
— v. 25. Okt. 1884, Z. 169 RGBl. . . . . 83, N. 5
— v. 25. Juli 1897, Z. 175 RGBl., § 33 191
— d. FM. v. 28. Dez. 1897, Z. 306, RGBl., § 9 . 226
— v. 9. März 1898, Z. 41 RGBl., § 2 245
— im JMVBl. 1899 (375) 279, N. 2
— im JMVBl. 1901 (118) 279, N. 2
Wechselordnung v. 25. Jänner 1850, Z. 51 RGBl.
Art. 4 264
Art. 17 139
Art. 40 89
Art. 73 139
Art. 86 194
Art. 87 89
Art. 96 264
Westgalizisches bürg. Gesetzbuch (Pat. v. 13. Febr. 1797, Z. 337 JGS.)
I, § 33 . . . 90, N. 13
I, § 125 85
I, § 163 91

Digitized by Google

Zivilprozeßordnung (Einführungsgesetz) v. 1. August 1895, Z. 112 RGBl.
Art. 1 . 192, 201, 239
Art. 4 . 77, 131, Z. 5, 138
Art. 6, Z. 1 . 90, N. 13
Art. 7, Z. 1 176
Z. 2 . . . . 193, 194
Z. 3 194
Z. 4 194
Art. 25 . . . . 73. N. 4
Art. 29 116
Art. 30 . . . . 107, 128
Art. 34 . . . . 225, 268
Art. 36 205
Art. 38 196
Art. 42 . 104, N. 31, 186
Art. 44 . . . 88, N. 11
— v. 1. Aug. 1895, Z. 113 RGBl. . . . 76, N. 10
§ 1 . . . . . 130, 132
§ 4 . . . . . 132, 133
§ 6, II. . 132, 173, N. 12
§ 7 . . . . . 133, 217
§ 8 . . . . 173, N. 12
§ 9 . 103, N. 27, 173, N. 12
§ 11 127
§ 16 128
§ 17 . . . . . 128, 134
§ 18 . 172, 173, N. 12
§ 20 134
§ 27 . . . 173, N. 12
§ 29 138
§ 30 . . . 173, N. 12
§ 31 . . . . . 138, 139
§ 32 . . . . . 138, 139
§ 34 . . . . . 147, 156
§ 35 139
§ 38 140
§ 41 . 119, N. 3, 224, 225
§ 49 225
§ 51 . . 208, 225, 246
§ 63 226
§ 72 . . . 173, N. 12
§ 75 . . . . . 174, 175
§ 76 . . . . . 174, 175
§ 78, Z. 2 . 144, 147, 170, 181, 183
§ 80 175
§ 86 195
§ 88 203
§ 91 203
§ 93 138
§ 100 205
§ 110 . . . 172, N. 12
§ 112 203
§§ 123—126 205
§ 128 205
§ 130 . 124, 172, N. 12
§ 132, I. 206
§ 139 148
§ 146 255
§ 150 . . . 172, N. 12
§ 157 . 172, 173, N. 12
§ 158, III. . 172, 173, N. 12
§ 161, II. 167
§ 162 167
§ 164 151
§ 166, I. . . 172, 173, N. 12
§ 167 170
§§ 168 ff. 150
§ 169 . 151, 172, N. 12
§ 170 . 151, 162, 172, N. 12
§ 171 178
§ 172, II. 178
§ 175 . . . 173, N. 12
II. 178
§ 176 . . . 172, N. 12
§ 177 . 143, 147, 171, 172, N. 12, 181
§ 178 143
§ 179 . . 147, 151, 157
§ 180 150
§ 181 151
§ 182 . 145, 148, 172, N. 12, 182
§ 183 145
II. 149, 196
§ 184 . 147, 172, N. 12
§ 185 . . . . . 137, 153
§ 187 128
§ 188 151
§ 189 151
§ 190 . . 163, 164, 227
§ 191 . . 163, 164, 171
§ 193 . . . . . 151, 198
§ 194 151
§ 196 152
§§ 197—203 168
§ 204 . . . . . 75, 276
§ 205, II. 276
§ 208, Z. 3 . 219, N. 13
§ 209 . 171, 172, N. 12
§ 210 . . . . 172, N. 12
§ 211 . 171, 172, N. 12
§ 213 . 172, N. 12, 175
§ 217 171
§ 220 268
§ 221 206
§ 224 205
§ 226 . 113, N. 5, 170
§ 227 90
§ 228 . . . 71, 72, 227
§ 232 . . . . 113, N. 5
§ 233 . . . . . 152, 222
§ 235 . 147, 148, 157, 227
IV. . . 145, 146, 181
§ 237 . . 71, N. 3, 75
§ 239 . 73, 75, 124, 172, N. 12, 173, N. 12
§ 240 . 124, 125, 152, 222, 259 u. N. 5
§ 243 170
§ 247 . . . 173, N. 12
§ 250 . . . 172, N. 12
§ 251 . 172, N. 12, 183
§ 252 147
§ 253 196
§ 259 185
§ 261 . . . . . 124, 172
§ 263 183
§ 264 196
§ 266 . . . . . 143, 147
§ 267, II. 148

Digitized by Google

§ 268 . . 163, 181, 254
§ 269 . . . . . 143, 197
§ 270 . . . . . 143, 144
§ 272, II. . . 148, 198
III. . . . 220, N. 14
§ 274 . . 74, N. 6, 185
§ 275, II. . . 151, 181
§ 277 . 151, 162, 181, 198
I. 143
§ 278, II. . . 151, 198
§ 279 . . . . . 151, 192
§ 282 184
§ 283 185
§ 288 151
§ 289 . . 147, 198, 200
II. 146, 150
§ 292 264
§§ 292—295 192
§ 293 91
I. 194
§ 294 193
§ 295 . . . . . 193, 194
§ 299 196
§ 301 196
§ 302 192
§ 304 195
§ 305 195
§ 308 195
§ 310, II. 196
§ 314 . . . . . 195, 196
§ 317 . . . . . 72, 89
§ 318 . . . . . 192, 195
§ 320 188
I. 201
§ 321 188
§ 322 188
§ 330 149
§ 331 149
§ 332, II. 192
§ 333 191
§ 336, II. . . 192, 201
§ 337 189
§ 339 200
IV. 189, 196
§ 340 . . . . . 189, 196
§ 341 200
§ 343 171
§ 344 . . . . . 181, 200
§ 345 192
§ 351 . . 150, 190, 196
§ 352 190
§ 353 190
§ 354 191
§ 360 190
§ 362 196
§ 363 . . . . . 192, 196
§ 366, II. 196
§ 367 171
§ 368 . . . . . 150, 195
§ 370 171
§ 371 . . 150, 182, 188
§ 373 133
§ 374 145
§ 380 171
§ 384, II. . 88, N. 11
§ 385 200
§ 386 200
§ 388 200
§ 389, II. . . 200, 201
§ 391 227
§ 393 227
§ 394 75
§ 395 75
§ 396 . 149, 172, N. 12
§ 397 171
§ 398 . . . . . 149, 151
§ 399 . 149, 151, 172, N. 12
§ 401 152
§ 404 147
§ 405 . . . . . 147, 227
§ 411 . 152, 222, 256, 259
§ 412 . 172, N. 12, 176
I. 171
II. 178
§ 414 . . . . . 147, 171
II. . . . 220, N. 14
§ 416 228
§ 417, Z. 5 . 220, N. 14
§ 419 . . . . 219, N. 13
§ 423 220
§ 424 . . . . 198, N. 8
§ 425 . . . . . 151, 162
§ 430 220
§ 432 169
§ 433 276
§ 434 170
§ 435, II. 168
§ 436 206
§ 439 78
§ 440 170
§ 444 171
§ 445 171
§ 447 . . . . . 169, 237
§ 452, II. . . 169, 237
§ 455 206
§ 458 228
§ 461 228
§ 462 152
§ 466 . . . . . 256, 257
§ 468, I. 248
§ 471, Z. 7 . 125, 152
§ 473 . . . 173, N. 12
§ 474, I. 124
§ 475, III. 222
§ 476 178
§ 477 . . . . . 152, 208
Z. 1 . 119, N. 3, 215, 250, 252
Z. 2 . 215, 250, 252
Z. 3 . 124, 216, 252
Z. 4 . 143, 218, 252
Z. 5 . 133, 217, 252
Z. 6 . 124, 216, 252
Z. 7 . 209, 218, 223
Z. 8 . . . . 152, 218
Z. 9 . 219, 220, 252
§ 478 250
§ 482 . 148, 152, 171, 228
§ 488 196
§ 491 150
§ 496 . . 149, 152, 160
Z. 1 220
Z. 2 u. 3 219
§ 497 228
§ 499 250
§ 502 152
§ 503, Z. 1 . 124, 208, 219, N. 13
Z. 3 . . 219, N. 13

Digitized by Google

§ 505, III. 257
§ 511 250
§ 513 . . . . . 125, 223
§ 516 . . 228, 237, 247
§ 520 . 226, N. 3, 239, 247
§ 522 . . . . . 191, 228
§ 523 248
§ 524 249
§ 527 250
§ 528 252
§ 529 . . . . . 125, 209
Z. 2 228
§ 530 . . . . . 171, 253
Z. 2 202
Z. 5 163
Z. 5—7 254
Z. 6 . . . . 259, 260
§ 531 171
§ 534, II. 210
§ 539, I. 171
§ 548 . . . . . 144, 193
§ 562 90
§ 582 102

Ex. J. M.
10/7/20

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google